

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

Imunidades dos familiares dos agentes diplomáticos: extensão e limites

Perfírio Mendes

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
DIREITO INTERNACIONAL E RELAÇÕES
INTERNACIONAIS

Orientadora: Dra. Margarida Salema D`Oliveira Martins

Lisboa 2017

Universidade de Lisboa

Faculdade de Direito



Imunidades dos familiares dos agentes diplomáticos: extensão e limites

Perfírio Mendes

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO
DIREITO INTERNACIONAL E REALAÇÕES
INTERNACIONAIS

Orientadora: Dra. Margarida Salema D` Oliveira Martins

Lisboa 2017

Dedicatória

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, por me ter abençoado e ter colocado na minha vida pessoas tão importantes, que me motivaram e nunca me permitiram perder a vontade de lutar pelos meus sonhos. Agradeço ao ilustre médico, especialista em cardiologia pediátrica e incansável irmão Lucas João Mendes, ao brilhante engenheiro Osvaldo João Mendes, ao notável contabilista, especialista em comércio exterior e mestre em agronegócios Eulino Mendes, ao sagaz trabalhador Ivino João Mendes, ao douto advogado Arlindo João Mendes, ao douto e incansável incentivador Paulo da Costa, mestre em direito penal, ao sagaz douto Neto Gomes, e à incomparável mãe Cristina Gomes e pai João Mendes, que são os meus admiradores, sendo através deles que alcancei os meus objetivos.

À Professora Dra. Margarida Salema D`Oliveira Martins, a minha orientadora, pelo incentivo, experiência e conhecimento, expresso o meu profundo respeito e os meus agradecimentos, sempre poucos diante do muito que foi oferecido.

Os meus agradecimentos são imensuráveis aos meus amigos. Cada um, à sua maneira, encheu o meu coração de esperança e de alegria, nos momentos mais difíceis desta jornada. Entretanto, tenho obrigação de citar os nomes daquelas cuja atuação na minha vida foi imprescindível. Por isso, sou grato a: Maria Augusta Chefe, Virgínia da Costa, Wilson José da Costa, Francisco Chefe, Simão Gomes, Alfa Umaro Balde, Luís Afonso, Antonizinho Gomes, Mozinha Gomes, Ivone Gomes, Cristiane Trindade, Nair Mendes, Cicera Mendes, Miranda da Costa, Alberto Gomes, Luísa Osvaldo Mendes.

Sumário

Introdução.....	09
Capítulo I. As Imunidades dos Familiares dos Agentes Diplomáticos: Extensão e Limites.....	11
1.1.Introdução.....	11
1.2. As imunidades dos membros da família dos agentes diplomáticos no Código do Processo Civil polaco.....	14
1.3.Os cônjuges dos agentes diplomáticos.....	16
1.3.1. Pensões do cônjuge do diplomata.....	17
1.4.Licença sem vencimento para acompanhamento do cônjuge diplomata.....	18
1.5.Os filhos dos cônjuges separados de fato, os quais já não vivam sob mesmo teto com o agente diplomático.....	20
1.6.Revisão e limitação dos privilégios e imunidades diplomáticas.....	21
Capítulo II. Outros familiares.....	24
2.1. Introdução.....	24
2.2. Fundamentos jurídicos das imunidades dos familiares dos agentes diplomáticos.....	27
Capítulo III. Caso da união homoafetiva.....	30
3.1. Introdução.....	30
3.2. O caso do diplomata da Santa Sé.....	31

3.3. Nomeação pelos Estados Unidos de um homossexual para a embaixada na República Dominicana.....	33
3.4.Japão concede visto diplomático a homossexual brasileiro casado com cônsul dos Estados Unidos.....	34
3.5.Os diplomatas portugueses com os direitos iguais.....	35
3.6.Posição da jurisprudência em relação às uniões homossexuais.....	38
4. Capítulo IV. União Poligâmica.....	39
4.1. Introdução.....	39
4.2. Razões contra o reconhecimento de efeitos a casamentos poligâmicos.....	42
4.3. A identidade cultural do estado acreditador.....	45
Capítulo V. A prática de uma atividade profissional ou mercantil por familiares do membro.....	52
5.1 Introdução.....	52
5.2. Violação dos deveres: suas consequências.....	52
5.3. Inviolabilidade da imunidade do agente diplomático e sua família.....	55
5.4. Da proteção do Estado acreditante.....	61
5.5. Execução da proteção diplomática.....	65
5.6. Privilégios fiscais e aduaneiros outorgados aos membros da família.....	69
5.7. Contrato de trabalho e despedimento das empregadas nas representações diplomáticas, à luz da Jurisprudência Brasileira.....	71
5.8. Cobrança da indemnização devida pelo Estado estrangeiro.....	76
5. 9. Renúncia à imunidade.....	78
5.10. A renúncia à protecção diplomática.....	82
5.11.Violações de leis de trânsito e delitos penais pelos agentes diplomáticos e sua família no	

estado acreditador.....	83
5.12. Titularidade da renúncia.....	89
Capítulo VI A possibilidade de os membros de missão diplomática possuírem a nacionalidade do estado acreditador reflete-se no seu estatuto reduzindo os seus privilégios e imunidades.....	93
6.1. Introdução.....	93
Capítulo VII Conclusão.....	97
Capítulo VIII Referências Bibliográficas.....	99

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo demonstrar a relevância do tema atinente aos privilégios e imunidades dos familiares de agentes diplomáticos, respetiva extensão e limites, com especial foco nos filhos e nos cônjuges separados de fato, os quais já não coabitam no mesmo teto. Tal como a sua aplicação no momento em que o agente é acreditado e começa a gozar das imunidades e privilégios, em casos concretos. Do mesmo modo, também as teorias que fundamentam tais privilégios e imunidades. Prosseguindo-se com o exame desses mesmos indivíduos supostamente em regime de imunidade. Bem como a acreditação da união entre cônjuges do mesmo sexo, no Estado acreditador, e sua aceitação, e os diplomatas poligâmicos que possuem dois ou mais cônjuges que acompanham o agente (e a sua implicação),conquanto as leis do Estado acreditador aceitem ou não as suas imunidades. A prática de uma atividade profissional, à luz do artigo 42 da Convenção de Viena de 1962,proíbe o agente diplomático de exercer no Estado acreditador qualquer atividade profissional ou comercial em proveito próprio. Esta proibição é inderrogável e da sua violação podem resultar graves consequências para o agente, assim como a possibilidade de o Estado renunciar à imunidade de jurisdição dos seus agentes diplomáticos, o que significa que não é admissível a renúncia feita por estes. Renunciando à imunidade, o Estado aceita que ele próprio ou os seus agentes fiquem sujeitos à jurisdição do Estado acreditador e que fiquem submetidos à tutela jurisdicional deste Estado os seus interesses ou os dos seus agentes. Tendo em vista a imunidade dos familiares dos agentes diplomáticos nacionais do

Estado acreditador e a possibilidade de os membros da missão diplomática possuírem a nacionalidade do Estado acreditador, tal reflete-se no seu estatuto, reduzindo os seus privilégios e imunidades. Para tanto, recorre-se a extensa pesquisa bibliográfica, no intuito de demonstrar a importância do problema da extensão e limites dos familiares dos agentes diplomáticos, perante a ordem internacional, com o fito de preservar o bom andamento das relações internacionais entre os Estados soberanos.

Palavras-chave: As Imunidades e Privilégios Dos Familiares dos Agentes Diplomáticos-Extensão e limites.

ABSTRACT

The present work aims to demonstrate the relevance of the topic related to the privileges and immunities of family members of diplomatic agents extension and limits with a focus on children and spouses separated from facts that no longer cohabit in the same roof. Such as its application at the time the agent is accredited and begin to enjoy immunities and privileges in concrete cases. And the theories that underlie such privileges and immunities. Proceeding by examining such people would be immune. As well as homosexual unions between same-sex spouses accredited in the receiving State and their acceptance, and polygamous diplomats who have two or more spouses accompanying the spouse and their involvement, bearing in mind that the laws of the receiving State accept Their immunities. The practice of a professional activity by the member of family members in the light of Article 42 of the 1962 Vienna Convention, prohibits diplomatic agents from exercising in the receiving State any professional or commercial activity for their own benefit. This prohibition is non-derogable and its breach can result in serious consequences for the agent. And the possibility for the State to waive the immunity from jurisdiction of its diplomatic agents, which means that the renunciation by them is not admissible. Waiver of immunity, the State accepts that it itself or its agents are subject to the jurisdiction of the accrediting State and that its interests or that of its agents are subject to the judicial protection of that State. In order to do so, extensive bibliographical research is used to demonstrate the importance of the problem of extension and limits of the relatives of diplomatic agents before the international

order, with the purpose of preserving the good progress of international relations between sovereign States. Whereas the immunity of the members of the diplomatic mission of the diplomatic agents of the diplomatic State of the nationality of the accrediting State is reflected in its statute by reducing its privileges and immunities.

Keywords: The Immunities and Privileges - Of the Relatives of the Diplomatic Agents-Extension and limits.

Introdução

O presente trabalho tem como objetivo principal dissertar sobre a extensão e os limites das imunidades dos familiares dos agentes diplomáticos, de forma detalhada, analisando cada imunidade atribuída, com foco nos filhos e nos cônjuges separados de fato, os quais já não vivam sob o mesmo teto com o agente diplomático.

Assim, para o bom desempenho deste estudo, importa compreender o funcionamento da imunidade diplomática, assim como a extensão e limites aplicáveis no momento em que os agentes diplomáticos, acreditados por lei, utilizem a imunidade em casos concretos.

As hipóteses impostas pela imunidade diplomática são uma garantia necessária para o eficaz cumprimento de uma missão diplomática. No entanto, tal imunidade deve ser limitada e entendida da melhor maneira possível, para que, quando invocada concretamente, não seja prejudicial para os interesses do Estado acreditador.

Segundo Maria do Carmo Medina, a família tem a sua origem no fenómeno natural de procriação e propagação da espécie humana, mas é sobretudo um fenómeno social, pois através dos tempos, se tem verificado que nela não intervêm somente fatores biológicos. Nela intervêm outros fatores de ordem social e económica. Como tal, o conceito varia, de acordo com a estrutura social e política em que se insere, e interessa recordar os diversos conceitos de família que acompanharam a evolução histórica das sociedades humanas. Não existe um conceito único de família antes, diversos conceitos.

A família é um grupo social relacionado entre si por obrigações e deveres recíprocos.¹

Embora haja certa flexibilidade no conceito de família, nota-se que, no meio diplomático, a imunidade dos familiares está limitada pela condição de residência num mesmo domicílio, existindo ou não vínculo entre os seus membros. A dificuldade dos Estados reside no facto de quererem manter uma certa autoridade no seu território sem porem em causa o trabalho da missão diplomática. Isto é, uma vez que o gozo das imunidades implica a não sujeição aos tribunais do Estado acreditador dos seus

¹ MEDINA, Maria do Carmo. Direito da Família, Coleção Faculdade de Direito UAN Luanda 2001, p. 12.

beneficiários, o Estado vê a sua autoridade diminuída. Quanto maior for o número dos beneficiários de imunidade, menor é o poder do Estado sobre as pessoas que vivem no seu território, daí o Estado querer controlar tais beneficiários, sem deixar de fora as pessoas mais próximas do agente diplomático, desde que vivam no mesmo teto, permitindo ao agente diplomático uma tranquilidade suficiente para o exercício da sua atividade.

Segundo Jean Salmon, deve ser o agente diplomático a determinar quem é a sua família e, portanto, quem deverá beneficiar das imunidades em questão. Tendo em vista os casos dos sistemas cuja noção de família é muito ampla, não é possível aceitar a imunidade de um número indefinido de indivíduos, pelo que se deve limitar o respetivo grupo àqueles familiares que vivem permanentemente com o agente diplomático. É preciso saber determinar quem vive ou não com o agente diplomático. Se é aquele que vive debaixo do mesmo teto com ele, de acordo com o estabelecido na Convenção de Havana de 1928, ou se esse critério não deve ser tido como único, admitindo-se a possibilidade de se incluir outras situações, podendo até ser caso de excluir um familiar que não viva sob o mesmo teto.²

Por outro lado, o artigo 9º da Convenção de Viena aborda a questão da *persona non grata*: quando o agente diplomático ou familiar deste praticar um ato contrário aos interesses, normas ou costumes do Estado acreditador, é possível, a qualquer momento, e sem ser obrigado a justificar a sua decisão, notificar-se ao Estado acreditante que o chefe de missão ou qualquer membro do pessoal diplomático da missão é “*persona non grata*”. Deve notar-se que a declaração de *persona non grata* não é aplicável, como tal, aos membros da família da Missão. O estatuto especial considera-se como uma extensão dos diplomatas, sendo estes que, em última instância, respondam pela conduta dos familiares. Consequentemente, o diplomata pode ser declarado *persona non grata* como resultado do comportamento de um membro da família, independentemente da possibilidade do Estado acreditador solicitar a saída de uma pessoa que integre o domicílio do diplomata.

²SALMON, Jean. Manuel de Droit Diplomatique, Bruxelles 1994, pág.380.

Capítulo I. As Imunidades dos Familiares dos Agentes Diplomáticos: Extensão e Limites

1.1. Introdução

O problema da extensão e das prerrogativas à família do chefe da missão e do pessoal oficial surge com as instituições e as embaixadas permanentes, surgidas nos séculos XVI e XVII. Os antigos agentes desempenhavam uma função de carácter transitório, para a qual a família não os acompanhava.

Nos primeiros tempos das embaixadas permanentes, os agentes não se faziam acompanhar da sua família, podendo dizer-se que no século XVI e princípios do século XVII, era muito mal visto (e fora do comum) que a esposa acompanhasse o embaixador.³

Tendo em vista que, nos nossos dias, a opinião comum vai no sentido de que se apliquem as prerrogativas da família, a dificuldade reside em chegar-se o acordo sobre a extensão e limites da “família”. Pode verificar-se uma interpretação extensiva ou restritiva de tais limites. Entendemos que a corrente dominante e mas justa se inclina para a segunda forma de interpretação. Estendem-se as prerrogativas à família do chefe de missão e do pessoal oficial, restritivamente.

O núcleo familiar é constituído por cônjuge e filhos, que são os favorecidos com as prerrogativas. Não basta, contudo, acreditar estes laços de parentesco exige-se mais: que o cônjuge e os filhos vivam com o agente diplomático e que dependam economicamente deste último. No que respeita às filhas, estas gozam de prerrogativas enquanto permanecerem solteiras. O Decreto do Supremo Tribunal nº69, supracitado, no seu artigo 6º, compreende como titulares de privilégios o cônjuge e as filhas solteiras menores de idade, tanto do chefe de missão como do pessoal oficial, que não exerçam ocupação lucrativa. O dispositivo é demasiado estrito, pois não inclui os filhos homens maiores de idade, que, por diversas circunstâncias (doença, por exemplos), não exerçam ocupação lucrativa e dependam economicamente do pai. Devemos advertir que o

³ PALACIOS, Manuel Sanchez; Calderon, Manuel Garcia; Arias, Luis A. Bramont. Revista de Derecho y Ciencias Políticas, pág. 117. Primer, Segundo y Tercer Cuatrimestre de 1957. Lima MCMLVII. Apud SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. Revista Forense. Imunidades de Jurisdição Penal das famílias diplomatas, Volumes 113. Rio de Janeiro, pág. 24.

parecer doutrinário e legislativo oferece uma grande variedade de conceitos⁴

Segundo Palacios et al, apud Diana (págs. 118-119), os familiares do agente podem defender-se em sede de juiz civil e mercantil, por meio de um procurador, de maneira a que o processo não venha a perturbar verdadeiramente o próprio agente em exercício das suas funções. É errada esta posição, pois conceder prerrogativas aos familiares é assegurar a independência do agente, que seria diminuída se a sua família fosse submetida à ação dos tribunais do Estado acreditador, mesmo que somente por assuntos civis e por meio de um procurador. Segundo o autor, existe a renúncia da imunidade de jurisdição; o agente diplomático decidirá, em cada caso concreto, se convém não submeter um membro da sua família à ação dos tribunais. Quanto ao cônjuge do agente, os tribunais têm estabelecido que, em certas situações, não há impedimento para que o mesmo goze das prerrogativas, desde que viva com ele. Em Londres, ao ser notificada a esposa de um agente diplomático (que vivia separada do seu marido) para pagar a dívida da renda, a Alta Corte resolveu anular a citação.

O mesmo aconteceu com a esposa de um membro do corpo diplomático em Paris, que vivia separada do seu cônjuge; ao interpor uma ação contra o pagamento de uma quantia de 1,949 francos, o marido renunciou a sua prerrogativa de imunidade, mas sem conseguir autorização do seu respetivo Governo; a esposa alega a exceção, por incompetência do tribunal, do seu estatuto de cônjuge de um agente diplomático; o tribunal declara-se incompetente e manifesta que a separação do esposo não tem efeito, tratando-se de uma medida essencialmente provisória, que não rompe o vínculo conjugal, que subsiste eternamente. Cabe então perguntar se é válida a condição exposta

⁴Idem, et al. Revista de Derecho y Ciencias Políticas, págs. 117 apud Vedross, exige que os familiares vivam com o chefe de missão e os membros do pessoal oficial em sua casa. pág. 253.- Diaz Cisneros concede as prerrogativas aos familiares de chefe de missão, sem especificar, pág. 74. Os mesmos Heyking- pág. 268.- Antokoletz admite as prerrogativas para a esposa e filhos que vivam de baixo do mesmo teto -pág. 562. Hurst pronuncia-se no mesmo sentido exposto por Vedross, pág. 159, assim como Accioly, pág. 332. Ferreira de Mello – pág. 220. Na Suíça faz-se a seguinte distinção: a esposa e os filhos que exerçam atividade lucrativa, os parentes diretos e os parentes políticos de chefe de missão que vivam na sua companhia gozam das prerrogativas. A esposa e os filhos de pessoal oficial, dentro das mesmas condições gozam as prerrogativas. pág. 499- Guggenheim-Obra cit. - Rousseau concede prerrogativas à esposa e aos filhos de chefe de missão – pág. 331. Ulloa compreende a família a esposa e os filhos menores que acompanham o agente e que vivam habitualmente com ele, pág. 159. O artigo 149 da Convenção da Havana estende os privilégios os membros da respetiva família que vivam em baixo do mesmo teto. O artigo 2 do regulamento aprovado em Nova Iorque considera membros da família que vivam debaixo do mesmo teto. O artigo 298 do Código Bustamante inclui os familiares do representante diplomático que vivam sua companhia como excetuados das leis penais. Silva, Geraldo Eulálio do Nascimento, tem uma interpretação extensiva que compreende os ascendentes – pág. 24.

anteriormente de que a esposa deve viver com o marido para que goze das prerrogativas. Os casos citados referem-se a situações anómalas, em que a esposa separada, ainda assim reside onde o seu cônjuge exerce funções diplomáticas. A esposa deve viver com o marido, para que goze das prerrogativas é a regra. Os casos analisados são exceções e compete ao tribunal analisar o efeito e resolver de acordo com o direito.⁵

Não existe, portanto, uma determinação específica e delimitada do conceito de membro da família o agente deve fixar, em cada caso concreto, a extensão dos privilégios e imunidades. Além das interpretações erradas e contraditórias do direito internacional surgidas de órgãos jurisdicionais espanhóis e refletida em sentença, como a emenda do Supremo Tribunal, em 5 de Janeiro de 1965, a principal questão reside na fixação, em Espanha, de limites aos privilégios e imunidades dos familiares dos agentes diplomáticos e do pessoal administrativo e técnico da missão.

Não é claro o efeito da doutrina espanhola acerca do que deve entender-se por «*formar parte da casa*» do agente, é necessária a aplicação em Espanha do citado artigo nº 37 da Convenção de Viena de 1961, em que aparece uma variação notável dos critérios utilizados para vincular a família da “casa” dos agentes diplomáticos e os outros membros da Missão. Os critérios de vinculação têm variado desde posições restritivas de dependência económica, determinante maneira exclusiva, quando se considera uma pessoa como parte da casa do agente ou em que prevalecem de maneira essencial os laços de convivência efetiva, à margem de considerações económicas. No entanto, é essa a interpretação seguida por Espanha, em relação ao artigo nº 37.1, durante duas décadas. Basta, neste sentido, confrontar as expressivas informações de A. J. I, de 13 de Fevereiro de 1979 e de 27 de Outubro de 1981, que abordam a extensão dos privilégios e imunidades dos filhos dos agentes diplomáticos e dos membros do pessoal técnico e administrativo. Com as diligências abertas pelo Tribunal de Instrução de Madrid, no número 12, contra dois indivíduos filipinos, a A.J.I afirma categoricamente que, na hora de estabelecer o parentesco com o agente diplomático, é essencial a dependência económica, «*sendo abstração de outras circunstâncias como a idade, a convivência ou grau de parentesco*».

Partindo desta tese, a mencionada informação tem uma dupla presunção de imunidade em favor dos filhos menores de idade, tal como o incluído no conceito de

⁵ Idem, et al. Revista de Derecho y Ciencias Políticas, págs. 118-119.

membros da família do agente diplomático, embora esta presunção possa ser eliminada, caso a caso, mediante prova em contrário. Em relação aos filhos maiores, a presunção era exatamente a inverso, de modo que, inicialmente, consideram-se os filhos maiores de idade excluídos, cabendo a extensão dos mesmos privilégios e imunidades, provando-se dependência económica face ao agente diplomático.

Aplicando este critério, o estatuto privilegiado englobaria os pais do agente que vivam com este, assim como a esposa ou qualquer outro membro do pessoal técnico independentemente do grau de parentesco a viver na casa do agente (constituída como uma unidade social e económica). Esta tese está nos seus passos finais, mais de acordo com o que foi o espírito inspirador da Convenção de Viena, como salienta P. Faltone, em que se tendia a ampliar a noção de família, restringida tradicionalmente a esposa e filhos menores economicamente dependentes. Tendo em conta o realce da Acessória do Ministério, a expressão «*formar parte da casa*» consiste em «*viver juntos na mesma casa, e o grau de parentesco ou no exercício de uma atividade lucrativa*».

Embora na Convenção de Viena não se chegue a estabelecer uma delimitação estrita das pessoas integrantes da casa do agente, o certo é que o espírito da norma proposta é no sentido de estabelecer um vínculo entre o diplomata e os membros da sua casa, a partir de uma concessão social da família (e não estritamente económica). A prática interna dos diferentes Estados confirma estas tendências remotas de vínculos de natureza económica. Deve notar-se, não obstante, que, em determinadas práticas, se limita o conceito de dependência mas, acima de tudo, o de idade e estado civil dos filhos.⁶

1.2. As imunidades dos membros da família dos agentes diplomáticos no Código do Processo Civil polaco.

As imunidades diplomáticas das pessoas mencionadas nos pontos 1, 2 e 3 do parágrafo 1 do artigo 1111 do Código do Processo Civil da Polónia têm um carácter originário; portanto, as imunidades dos membros das famílias mencionadas nos pontos referidos têm um carácter secundário.

As imunidades diplomáticas das pessoas enumeradas nos referidos pontos

⁶QUEL LOPEZ, F. Javier. Los privilegios e inmunidad de los agentes diplomáticos en el derecho internacional y en la practica espanola; prólogo de José António Pastor Ridruejo. 1ed Madrid: Civitas. 1993, pp.160 -163.

estendem-se também aos membros da sua família.

A imunidade de jurisdição dos membros da família do pessoal diplomático das missões diplomáticas é reconhecida pela doutrina e exprime-se na legislação de muitos Estados, assim como na Jurisprudência de muitos Tribunais. O Código de Processo Civil da Polónia não especifica o que se entende pelo termo «*membro da família*»; portanto, quem é que pode considerado como membro da família?

As opiniões dos autores e a prática não são uniformes neste assunto. Alguns insistem nos elementos jurídicos, ou seja, no relacionamento familiar. Outros consideram elementos reais, ou seja, a vida comum na mesma casa. No que concerne à legislação dos estados particulares, alguns Códigos não especificaram a noção de família, sendo que outros a definiram por objetivos especiais por exemplo, para designar as pessoas que vivem próximas dos seus pais ou, então, os que têm direito de sucessão em virtude da lei. A noção de família está contida no Código Civil da Áustria, que, no parágrafo 40, dispõe que a família se estende dos antepassados a todas as suas descendências. Desta noção de família, a esposa não faz parte. Tal noção inclui entre os membros da família todas as pessoas descendentes dos antepassados comuns. K. Stefko sublinha que este núcleo pode integrar muitas dezenas (e mesmo centenas) de pessoas.

O artigo 3 do decreto colombiano, número 615, de 6 de Abril de 1935, considera família as pessoas que fazem parte da mesma casa. O artigo 3 do Código de Processo Penal do Equador menciona, a respeito desta noção, a esposa e os filhos. Convém referir as regras aplicadas pelo departamento federal da Suíça em matéria da imunidade e privilégios diplomáticos e consulares. As regras em questão consideram como família as pessoas que vivam sob o mesmo teto (tal como a esposa, filhos que não exerçam atividades lucrativas, familiares diretos e sogros). Os exemplos citados preveem que a legislação nacional dos estados não defina a noção da família como o círculo de pessoas de que faz parte a esposa, os parentes diretos e colaterais. Tendo em conta que os Códigos não veiculam a noção da família, como sublinha K. Stefko, a doutrina não reconhece uma só noção de família e conta entre os membros da mesma as pessoas unidas pelos laços de casamento ou até parentes mesmo muito afastados, ao lado da família no sentido mais estrito (a esposa e os filhos).

Os argumentos supracitados demonstram que o direito internacional não pode imputar a noção de família à legislação nacional positiva e não pode basear-se na

mesma noção comum aos diversos sistemas jurídicos o conceito mais comum, a partir da Carta das Nações Unidas, não existe. Este estado de coisas teve expressão durante o processo da Conferência de Viena sobre as relações das imunidades diplomáticas. Algumas legislações apresentaram emendas nas quais tentaram definir a noção. Conforme a emenda de Ceylan no artigo 1, *«a expressão membro da família da missão estende-se ao cônjuge, com quem é casado, aos filhos não casados e aos outros parentes imediatos dos membros da missão e do cônjuge, que vivem na sua casa»*.

Nos termos da emenda dos Estados Unidos da América, a *«expressão membro da família estende-se do cônjuge do membro da missão, de todos os outros filhos não casados que estudam a tempo inteiro, assim como os membros da família imediata do membro da missão que vivam no mesmo teto, no âmbito do qual o acordo intervém entre o Estado acreditante e o Estado acreditador»*.

Contudo, nenhuma emenda foi adotada pela Conferência de Viena, que não consegue definir a noção de família ou membro da família. Posto isto, convém procurar a interpretação da expressão *«membro da família»* no sentido quotidiano da palavra, em que tem de se compreender a família como círculo de pessoas chegadas uns aos outros e vivendo no mesmo teto. Partindo da conceção de que a família se estende do círculo das pessoas que vivem debaixo do mesmo teto, tem de se negar a imunidade ao cônjuge depois da separação, uma vez morando noutra casa, assim como aos filhos adultos que tenhamos seus próprios meios de subsistência. As pessoas enumeradas no artigo 1111 do parágrafo 1 do Código do Processo Civil da Polónia, à exceção dos casos mencionados no parágrafo 2 do mesmo artigo, gozam da imunidade da jurisdição civil.⁷

1.3. Os cônjuges dos agentes diplomáticos.

Hoje em dia, os cônjuges dos diplomatas de ambos os sexos querem trabalhar. Alguns Estados dificultam ou recusam a autorização de trabalho, muitas vezes, citando como motivo a imunidade do cônjuge. No entanto, a proibição prevista no artigo 42 a um membro de uma missão diplomática a praticar atividade comercial para lucro pessoal não se aplica ao cônjuge. Mesmo assim, a imunidade não deve constituir um obstáculo. No artigo 31 (1) (c), o cônjuge não terá nenhuma imunidade civil ou administrativa jurisdicional para trabalhar. Desde que o cônjuge não tenha qualquer

⁷PRZETACZNIK, Franciszek. L'immunité de juridiction des personnes étrangères dans le code polonais de procédure civile revue critique de droit international privé, Paris. (1969), pp. 644 - 648.

imunidade civil ou administrativa, no que diz respeito ao trabalho, não há qualquer razão para uma renúncia geral. O trabalho será sujeito a imposto (artigo 34 (d)) e a pessoa tem de satisfazer todas as exigências profissionais. Assim, um cônjuge que trabalha (por exemplo, uma médica, professora ou programadora de computador) terá de pagar impostos, podendo ser processada no que diz respeito ao trabalho. Muitos estados consideram necessário ou prudente estabelecer um acordo bilateral de reciprocidade, autorizando os seus respetivos cônjuges de diplomatas a trabalhar sob determinadas condições e procedimentos.⁸

1.3.1. Pensões do cônjuge do diplomata

Por força das circunstâncias de uma vida passada em grande parte no estrangeiro, sem possibilidade de contribuir para um fundo de pensões, o cônjuge do diplomata perde, na esmagadora maioria dos casos, a possibilidade de poder vir a ter a segurança de uma reforma durante a velhice.

Esta é a situação comum a todos os cônjuges dos diplomatas de todos os países da União Europeia, apenas diferindo as soluções alcançadas por cada Ministério dos Negócios Estrangeiros para fazer face ao problema.

A pensão depende das contribuições pagas para um fundo de pensões, do emprego que se teve e do salário ganho. Este é a situação geral entre os países da União Europeia, exceção feita à Alemanha, Dinamarca, Finlândia, Suíça, onde qualquer cidadão tem direito a uma pensão base, atribuída pelo Estado, independentemente de qualquer contribuição ou salário.

Ao atingir a idade da reforma, o cônjuge do diplomata vê-se na seguinte situação:

- 1) Se não teve emprego e não descontou para um fundo de pensões, depende totalmente da pensão do funcionário diplomático de que é cônjuge. O funcionário é a única personalidade jurídica em nome de quem e em função do qual todos os pagamentos e descontos são efetuados (e.g. situações de Viuvez e Divórcio). Neste caso, o cônjuge recebe 50% em Portugal (80% nos outros países) da pensão do diplomata reformado ou da pensão que o diplomata teria se se tivesse reformado na altura da sua morte, caso faleça antes de atingir a idade

⁸ AUST, Anthony. Handbook of law, 2ª Edição (New York): Cambridge Press (copy. 2010), P. 135.

da reforma;

- 2) Se teve emprego e descontou para um fundo de pensões, estatal ou privado, receberá uma pensão pessoal, em fundo da contribuição paga e do salário ganho, independente do funcionário diplomático de que é cônjuge. Todavia, neste caso, as dificuldades são redobradas. Vejamos:

Dificuldade específicas na obtenção de direito de pensão pessoal:

1. A situação do cônjuge do diplomata que desconta em função do emprego é dificultada pelas contingências próprias da vida errante em que se vê envolvido. Com efeito:

É necessário um número mínimo de anos de emprego e respetivos descontos para o fundo de pensões para se ter direito a pensão de reforma (estatal). As interrupções têm efeitos imediatos, incluindo perda de senioridade.

2. A continuidade desejável num emprego e o respetivo esquema de descontos (privado) para pensão de reforma, supondo que o cônjuge possui um emprego, são diretamente afetados pela interrupção constante.
3. A maioria das vezes, o cônjuge não pode trabalhar no estrangeiro e, se pode, tal implica complexas alterações regulamentares, com consequências diretas no regime estabelecido.⁹

1.4. Licença sem vencimento para acompanhamento do cônjuge diplomata.

Nas últimas décadas, a alteração ao modelo tradicional de família veio implicar que, como regra, ambos os cônjuges exerçam uma atividade profissional. Para os diplomatas, a natural progressão na carreira implica a permanência no estrangeiro por períodos prolongados de tempo (que, nos termos estatutários, podem atingir um máximo de nove anos consecutivos para os diplomatas que não assumam chefias de missão).

Consciente do prejuízo em termos profissionais dos cônjuges que acompanham os diplomatas (bem como quaisquer outros funcionários a serviço do Estado português), quando estes se deslocam ao estrangeiro em representação do Estado, o legislador entendeu que os cônjuges que exercessem uma atividade profissional remunerada não

⁹ Pensões - associação das famílias dos diplomatas portugueses. Disponível em www.acdp.pensões, acesso em 15/04/2015

deveriam ser prejudicados em termos de antiguidade na carreira.

Logo em 1979, o Decreto-Lei n.º 519-EI/79, de 29 de Dezembro, veio consagrar uma licença especial: a licença sem vencimento, para acompanhamento do cônjuge colocado no estrangeiro.

A licença sem vencimento encontra-se hoje integrada no regime das Férias, Feriados e Faltas, definido no Decreto-Lei n.º 100/99, de 31 de Março, nomeadamente nos seus artigos 84.º a 88.º e 101.º.

Esta legislação é apenas aplicável aos funcionários ou agentes do Estado português.

Nos termos do Estatuto da Carreira Diplomática, não existe qualquer compensação financeira específica para o cônjuge do diplomata que o acompanhe no posto.¹⁰

A Convenção de Viena não refere que tal gozo cessará com o falecimento do agente, limitando-se a referir que, neste caso, os membros da sua família continuarão no gozo dos privilégios e imunidades a que têm direito, até à expiração de um prazo razoável que lhes permita deixar o território do Estado acreditador (artigo 39 § 3 da CVRD). Também se prevê que, falecendo um membro da missão que não seja nacional do Estado acreditador nem nele tenha residência permanente ou um membro da sua família que com ela viva, o Estado acreditador permitirá que os bens do falecido sejam retirados do país, com exceção dos que nele foram adquiridos e cuja exportação seja proibida no momento do falecimento.

Não serão cobrados direitos de sucessão sobre os bens móveis cuja situação no Estado acreditador era devida unicamente à presença do falecido no referido Estado, como membro da missão ou como membro da família de um membro da missão (artigo 39 § 4 da CVRD). Com efeito, o § 1 do artigo 40 da CVRD prevê que um terceiro Estado, cujo território seja atravessado pelo agente diplomático no qual este se encontre e que lhe tenha concedido visto no passaporte, quando exigir o visto - a fim de que o agente assuma ou reassuma o seu posto ou regresse ao seu país - deverá conceder-lhe a inviolabilidade e todas as outras imunidades necessárias para lhe permitir o trânsito ou o

¹⁰ Cônjuges - Associação Sindical dos Diplomatas Portugueses. Disponível em: www.asdp.pt. (cônjuges ASDP), acesso em 20/01/2017.

regresso. Esta regra é igualmente aplicável aos membros da família que gozam de privilégios e imunidades, quer acompanhem o agente diplomático, quer viajem separadamente para reunir-se a ele ou regressar ao seu país.¹¹

1.5. Os filhos dos cônjuges separados de fato, os quais já não vivam sob mesmo teto com o agente diplomático.

Tendo em conta que, na separação de fato, continuam a existir todos os deveres conjugais, embora não sejam cumpridos, ou pelo menos um deles.

Embora esta diferença entre ambas, o certo é que no campo da atribuição das imunidades, os efeitos produzidos são exatamente iguais. Nem sempre se entendeu a separação que não seja o divórcio como motivo para negar a imunidade ao cônjuge do diplomata.

Nesta toada, surge a decisão do tribunal francês civil de La Seine, constante da pág. 151 do Clunet de 1909, respeitante ao caso Cottenete Cie vs. Raffalovich, de 18 de Novembro de 1907. Reconhecida a imunidade da mulher de um diplomata que foi judicialmente separada do marido, o tribunal considerou que o princípio da imunidade é extensiva, tendo uma mulher separada judicialmente de seu marido continuado a desfrutar de tal imunidade, uma vez que tal separação era essencialmente provisória e não se dissolveu a relação conjugal.

Esta decisão do tribunal francês foi rejeitada por unanimidade das doutrinas, sendo que, no momento que o diplomata é separado judicialmente do cônjuge, perde a imunidade.¹²

Num caso recente, depois da CVRD de 1961, a Cour de Cassation de Belgique, de 28 de Março de 1990, no affaire Bjerg, considerou que a esposa do diplomata não fazia parte *de son ménage* por não viver com este há um ano e que estava em curso um processo de separação. Portanto, considerou que a decisão do tribunal da instância não violou o art.37 número 1 da CVRD, de 1961.

¹¹MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. Direito diplomático e consular: Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2011. pp.77-78.

¹²Diplomatic intercourse and immunities. Extract from the Yearbook of the International Law Commission: 1956, vol. II, p. 162. Documents of the eighth Session including the report of the Commission to the General Assembly United Nations New York, 1957.

Deste modo, a decisão vem demonstrar o entendimento atual da proteção dada à esposa do diplomata, no que se refere às condições para que se lhe seja atribuída imunidade.

Para evitar a injustiça desta situação, a doutrina utiliza um critério visando salvaguardar a imunidade dos menores e a independência no exercício da missão do diplomata, conseqüentemente. O critério aplicado é a dependência do filho em relação ao diplomata.

Já dúvidas haverá sobre se um filho de um agente diplomático divorciado e que viva sob tutela do outro parceiro deve beneficiar da imunidade, por não existir esta dependência do filho ao agente, pois é quem dele se encarrega e é responsável por ele.¹³

Na separação judicial, o divórcio e a dissolução da união estável não alteram o poder familiar. Somente se altera com relação à guarda do menor, sendo que este fica somente com um dos pais, assegurado ao outro o acompanhamento por meios de visita e fiscalização, segundo o art.1.632 do Código Civil brasileiro.

Assim, para concluir, o poder familiar, em síntese, é o dever dos pais, desde o momento do nascimento do filho até enquanto este permaneça menor, de criá-lo e educá-lo, nunca de forma imoderada, administrando os seus bens e nunca ultrapassando os limites da lei.

O poder familiar não distingue o filho concebido durante o casamento do concebido fora deste e que os pais tenham sobre o menor o poder familiar, independente de separação judicial, divórcio ou dissolução da união estável, garantindo-lhe o direito de visita e fiscalização. Enquanto permanecerem casados e fizerem o exercício do poder familiar conjuntamente, têm direito ao exercício de forma igualitária, estando sujeitos a condições que suspendam ou extingam o poder da família.¹⁴

1.6.Revisão e limitação dos privilégios e imunidades diplomáticas.

A origem dos privilégios e imunidades diplomáticos, a sua evolução, princípios e regras e a extensão dos seus benefícios. Os privilégios e imunidades diplomáticos são, na sua essência, um regime de exceção à jurisdição que é uma parte inseparável da soberania e, por isso mesmo, um direito fundamental dos Estados. Qualquer regime de

¹³SALMON, Jean (1994). Manuel de droit diplomatique. Bruxelles, págs. 381 - 383.

¹⁴VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. 9ª Edição. Editora Atlas, 2009.

exceção ao direito deve, por princípio, ser interpretado restritamente, tanto porque esteja referido a uma causa específica, como porque as exceções devem ser estritamente limitadas, para não infringirem a norma comum. Sem embargo, os privilégios e imunidades diplomáticos têm a característica peculiar de ostentar uma tendência extensiva, que facilmente conduz ao abuso.

Assim, devem considerar-se os privilégios e imunidades diplomáticas em cada país como uma instituição que funciona como aceitação e tolerância do Estado acreditador. Como consequência desta situação jurídica, de acordo com a natureza lógica e jurídica de qualquer exceção. No entanto, constatamos uma realidade, tornando-se extensivamente e sempre contra o Estado acreditador. De tal modo que a extensão de certas prerrogativas não é necessária.

As condições da vida moderna são, em boa parte, incompatíveis com a manutenção de certas formas da extensão dos privilégios e imunidades diplomáticos; especialmente, as que podem ser contrárias à ordem pública e à convivência social e aquelas que podem, em certos casos, degenerar em abusos. É preciso um movimento que conserve a essência dos privilégios e das imunidades diplomáticos, ou seja, o respeito pela soberania dos Estados, dentro de um conceito geral de igualdade jurídica, mas que reduza esses privilégios e imunidades, na medida em que não sejam indispensáveis para a independência do agente diplomático nem para segurança da sua missão.

Também é conveniente admitir determinadas possibilidades de suspensão do controlo dos privilégios e imunidades. Caso contrário, estaremos a colocar-nos fora da realidade verificada e das possibilidades de realidade futuras, enquanto pretenda efetuar a conservação e a independência do Estado. Pretender que estas formalidades representem, em sua exagero, o que não existe, é confundir deliberadamente a aparência com o fundo, e isso conduz psicologicamente a contentar-se com a aparência e dispensar o fundo, o que não é a melhor maneira de procurar a sua reconquista.

- a) É preciso limitar a extensão indefinida dos privilégios e imunidades diplomáticos a um número indeterminados e aumento das instituições e das pessoas;
- b) É necessário revisar o carácter e a forma dos privilégios e imunidades, para

determinar quais constituem o mínimo necessário para estabelecer a expressão formal da igualdade entre os Estados e para garantir a independência de certos agentes no desempenho das suas funções;

- c) É necessário limitar e estender certos privilégios e imunidades diplomáticos aos funcionários que tenham efetivamente carácter representativo. Entendo por representação o direito oficial de declarar, negociar, escrever e escutar em nome do próprio governo. Segundo o autor, a representação não pode ser exercida simultaneamente por vários funcionários da mesma missão, mas apenas por aquele que exerce a chefia.¹⁵

¹⁵ULLOA, Alberto. Revisión y limitación de los privilegios e inmunidades diplomaticos revista de derecho y ciencias politicas, Lima, 1952, pp. 420 - 426.

Capítulo II. OUTROS FAMILIARES

2.1. Introdução

Quanto à questão levantada por Wladimir Brito, acerca de quem pode ser considerado membro da família do agente diplomático, cremos que o parentesco terá de ser definido pela lei do Estado de que é originário o agente diplomático, pois a Convenção não define qualquer critério para a determinação do parentesco.¹⁶ Os privilégios dos membros da família ocorrem quando esses residem com o agente diplomático, o que faz com que os netos não gozem de tais privilégios, porque normalmente não residem com os avôs. Os membros da família que estão em carácter temporário na residência do agente diplomático, como por exemplo em férias, não gozam das imunidades, porque lá não residem de forma habitual e permanente.

Tendo em vista que o artigo 31 da Convenção de Viena de 1961 concedia a mais ampla imunidade aos agentes diplomáticos, Ashman et al, afirmam que os tribunais têm considerado que “familiares diretos” são os cônjuges e os filhos, embora alguns países, incluindo a Inglaterra, também tornem ocasionalmente extensiva essa imunidade aos pais dos diplomatas, se viverem com o diplomata, e até aos irmãos e irmãs dos diplomatas, em certas circunstâncias. A este grupo foi dada imunidade completa contra a acusação criminal e processos civis, exceto quando um diplomata haja puramente de uma forma privada. Se um membro da família for cidadão do Estado acreditador, não há qualquer imunidade.¹⁷

Segundo Clifton E. Wilson, não é de limitar, à partida, qual o grau até ao qual se admite ser atribuída a imunidade ou se é apenas para familiares consanguíneos, excluindo os familiares por afinidade. Aqui, é possível a admissão, desde os pais do agente até ao genro, desde que se verifique o exigido para esse efeito. Para estes familiares, o critério utilizado é, também, para além de fazerem parte da ménage do agente diplomata, que haja uma dependência destes ao diplomata, tal como o utilizado -

¹⁶BRITO, Wladimir. *Direito Diplomático*. IDI – Ministério dos Negócios Estrangeiros. 2007, p. 95.

¹⁷ASHMAN, Chuck; TRESCOTT, Pamela, *Escândalo: o abuso da imunidade diplomática*. Lisboa: Publicações Europa-América, 1986, p.45.

para os filhos que não vivam com o agente.¹⁸

Assim, foi colocada a possibilidade de a administração da casa de um agente diplomático solteiro ou viúvo se achar entregue a uma tia ou prima; também, colocar sob a égide da lei local progenitores idosos que vivam com o diplomata, ou uma filha maior, solteira ou divorciada, poderia privá-lo da tranquilidade necessária para o bom exercício das suas funções, dotando o Estado acreditador, se quiser agir de má-fé, de uma arma poderosa contra o agente diplomático. Por oposição, reconhecido como princípio incontestado de que a mulher e os filhos menores gozam de privilégios, constata-se que, se os mesmos exercerem atividades que não dizem respeito às funções diplomáticas, estarão sujeitos à lei do Estado acreditador, por tais atividades.

Compreende-se o receio dos Estados de acolherem um número excessivo de pessoas subtraídas às suas leis, mas também não podemos perder de vista que a família do diplomata só muito exceccionalmente será ampliada excessivamente. Se a verdadeira família (mulher e filhos) for numerosa, dificilmente o diplomata viajará com outros parentes. Importante é lembrar que a ideia dominante no reconhecimento ao diplomata de uma situação privilegiada face à lei local é *non impeditur legatus* e, portanto, poderá abranger um parente com o qual exista o necessário vínculo de dependência, seja parente direto, sobrinho ou sobrinha, nora ou genro.¹⁹

Assim, muitos diplomatas ou os seus parceiros têm pais que estão dependentes deles, no fim das suas carreiras. Na maior parte dos casos é encontrada uma solução dentro da família, mas frequentemente os funcionários conseguem (ou esperam conseguir) levar os seus pais com eles, quando vão para posto. Tendo em conta um grupo de trabalho composto pela República Checa, França, Hungria e Polónia, avaliou-se o apoio dado pelos Ministérios dos Negócios Estrangeiros e recomendaram-se algumas alterações para melhorar o sistema. Portugal faz parte dos nove países europeus que aceitam os pais como parte da família, quando vão para posto. Os pais acompanhantes recebem um passaporte diplomático e os custos da viagem são pagos pelos Ministérios dos Negócios Estrangeiros.

No entanto, o Ministério dos Negócios Estrangeiros não cobre nem reembolsa a

¹⁸ WILSON, Clifton E. Diplomatic Privileges and Immunities: The Retinue and Families of the Diplomatic Staff, in the International and comparative Law Quarterly, Vol. XIV, 1965, pág. 1280 e ss.

¹⁹ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Brasília: Ministério das Relações Exteriores – Seção de publicações, 1967, págs. 35 - 37.

sua assistência médica. Aconselha-se, assim, um seguro médico privado. Tendo em conta que uma grande parte dos diplomatas portugueses tem por hábito levar os pais consigo para posto. É bastante comum, por exemplo, os diplomatas divorciados levarem consigo os pais, para ajudar na educação das crianças. O Ministério dos Negócios Estrangeiros, seguindo a mesma política, permite ao diplomata levar consigo para posto uma auxiliar doméstica.

Os diplomatas portugueses em posto recebem subsídios extras quando acompanhados pelo cônjuge que abdicou da sua carreira e pelos filhos em idade escolar;

- Casais que vivam em “união de fato” e casais do mesmo sexo têm exatamente os mesmos direitos que os casados de acordo com a lei portuguesa;
- Os cônjuges estrangeiros podem pedir nacionalidade portuguesa após 3 anos de casamento com um diplomata português;
- Os diplomatas portugueses e os seus cônjuges podem fazer-se acompanhar pelos pais em posto, quando estes estão a seu cargo. Os pais acompanhantes têm direito a passaporte diplomático e viagem de ida e volta paga pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros. No entanto, não estão incluídos no seguro de saúde familiar;
- As empregadas que acompanham filhos menores também têm direito a viagem paga pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros;
- Em caso de separação, o cônjuge pode pedir uma pré-mudança dos seus bens pessoais para regresso antecipado ao país. A viagem também é paga pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros. Este item só se aplica se o casal se separar enquanto estiver em posto;
- Os filhos que estejam a estudar em Portugal beneficiam de uma viagem por ano para visitar os pais em posto;
- Os filhos de pais separados também têm direito a uma viagem anual para

visitar o Pai/Mãe em posto.²⁰²¹

2.2. Fundamentos jurídicos das imunidades dos familiares dos agentes diplomáticos.

Na doutrina, para fundamentar a concessão das imunidades diplomáticas e sua extensão, existem três teorias: a teoria da extraterritorialidade, a teoria do carácter representativo e a teoria funcional, hoje pacificamente aceite por todos e consagrada na Convenção de Viena de 1961.

A primeira teoria, da extraterritorialidade, data do século XVII e foi exposta por Hugo Grotius. Os seus defensores sustentam que, por meio de uma ficção, a embaixada faz parte do território do Estado de que ela é nacional. Esta teoria foi sendo rejeitada pela jurisprudência. O seu abandono remonta ao século XIX, no tocante aos crimes comuns ocorridos na embaixada. Se esta fosse território estrangeiro, o criminoso só poderia ser entregue por meio de um processo de extradição, o que, na prática, não ocorre.

Celso Ribeiro Bastos afirma que:

- ❖ [...] fenómeno da extraterritorialidade. Sob tal nome designam-se aquelas situações em que, em virtude de tratados ou costumes internacionais, há uma tolerância dos Estados em reconhecer as embaixadas e as representações diplomáticas em geral, assim como as belonaves, como uma extensão do próprio território a que pertencem. Por força desse reconhecimento aplica sobre eles o direito dos países a que se vinculam e não o daqueles em que se encontram, essa analogia é sempre relativa,

²⁰ARSÉNIO, Veronika Scherk. Conferência Anual da Associação das Famílias dos Diplomatas. Boletim número 2. 2012, Págs. 2 e 18. Disponível em http://www.acdp.pt/wp-content/uploads/2014/09/boletim2012_2.pdf. Acesso em 15/09/2016.

²¹De fato, notou-se que o membro de uma missão, seja ela celibatário ou viúvo, pode ser assistido por irmã, uma filha maior ou uma cunhada, que assumirá o papel de dona da casa. Na prática atual, compõem a família do diplomata as seguintes pessoas: esposa e filhos menores; filhos de maior idade portadores de exigências especiais ou dependentes financeiramente do agente diplomático (por exemplo estudantes); ou outros parentes que cuidam do diplomata caso ele se torne viúvo; as pessoas de quem diplomata é tutor, e, devido às recentes evoluções nos costumes, o companheiro(a), ainda que de relações homossexuais, conquanto apresentem condições de estabilidade. Vide: SICARI, Vincenzo Rocco. (2007). O Direito das Relações Diplomáticas. Belo Horizonte: Editora Del Rey. Retirado no blog Yearbook of the international law commission - draft- Articles on diplomatic intercourse and immunities with commentaries, 1958, p.102.

não havendo condições para ser levada às últimas consequências. Uma embaixada, por exemplo, nunca chega a fazer parte integrante do território a que pertence. É certo, no entanto, que dentro dela não se aplica o direito local.²²

A segunda teoria era fundamentada no carácter representativo do agente diplomático e da missão diplomática. É nesta qualidade que eles beneficiam das imunidades e privilégios, uma vez que, respeitando a dignidade e a independência, o Estado acreditador respeitará, do mesmo modo, os agentes. Esta teoria tão favorável ao Estado acreditante quanto a da extraterritorialidade, porque o «carácter representativo» não se delimita com precisão. Como aquela, ela é um vestígio da era monárquica.

A terceira teoria é a que defende que a imunidade decorre da função que o agente exerce. Assim, estas imunidades residem na simples necessidade do exercício independente da função diplomática. Ao acentuar «o interesse da função», ela abre caminho à limitação desses privilégios e imunidades e visa assim o estabelecimento de um equilíbrio entre as necessidades do Estado acreditante e os direitos do Estado acreditador.²³

Hoje em dia, as imunidades conferidas aos agentes são atribuídas para um melhor desempenho do exercício da função e não como consequência de uma extensão soberana dos direitos do Estado acreditante.²⁴

Segundo Rezek, um Estado é soberano quando o respetivo governo não se subordina a qualquer autoridade que lhe seja superior. Isto não significa que, quando haja subordinação à jurisdição estrangeira em relação aos atos de gestão, a soberania fique comprometida.

Deve entender-se que a concessão de privilégios e imunidades aos agentes diplomáticos convém ser em decorrência da necessidade funcional, para que possam atuar com independência e de forma adequada, nas suas missões. Esta é a tendência moderna.²⁵

Isto, tendo em conta que as três teorias abordadas conseguem explicar os

²²BASTO, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política, 4 ed, São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 60-61.

²³DINH, Nguyen Ouoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução: Vítor Marques Coelho, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, p. 763.

²⁴VARELLA, Marcelo Dias. *Direito Internacional Público*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p.312.

²⁵REZEK, José Francisco. *Direito Internacional público-curso elementar*, 9ª ed., revista, São Paulo, 2002, pág.161.

fundamentos das imunidades dos familiares dos agentes diplomáticos. Tendo em vista que a primeira teoria da Extraterritorialidade foi abandonada, dada a sua insuficiência em explicar (inclusive) as imunidades dos agentes diplomáticos (e, ainda menos, a dos seus familiares).

A segunda teoria, do carácter representativo, não consegue explicar a imunidade dos familiares, pelo menos a dos agentes diplomáticos que são representantes do Estado e do chefe da missão. Tendo em conta que não estariam abarcados por este justificativo e, conseqüentemente, as imunidades dos seus familiares também não estariam justificadas pelo mesmo.

A terceira teoria atribui-se aos agentes diplomáticos, para poderem garantir o bom desempenho e a liberdade da missão.

A questão é que os familiares não estão no país acreditador para desempenho de alguma função diplomática, mas sim para acompanhar os agentes diplomáticos que são seus familiares. Então, questiona-se o motivo da atribuição desta proteção.

Isto, tendo em vista que, quando se aceita que os familiares devem gozar das imunidades diplomáticas, é o próprio diplomata que, em última instância, se pretende visar, tentando garantir a sua liberdade de ação, quando desempenha a sua missão. Os seus familiares acabam simplesmente por participar da sua imunidade, não porque tenham um direito pessoal mas porque se entende que é no interesse da própria missão.

De acordo com Geraldo de Nascimento e Silva, o fundamento da atribuição das imunidades aos familiares do agente diplomático é *“fazer com que o status preferencial reconhecido aos diplomatas não seja beliscado pela ação da justiça do Estado acreditador. Isto é, o próprio interesse da função é que se garante”*.²⁶

²⁶ SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento, op. cit., pág. 116.

Capítulo III. CASO DA UNIÃO HOMOAFETIVA.

3.1.Introdução

A base de interpretação não pode ser outra que não a do sistema constitucional. O argumento de que quem quer os efeitos do casamento casa-se, é uma forma um pouco simplória de equacionar um fenómeno social, uma hostilidade a um modelo de família que, erradamente, julgam ameaçar o casamento o direito de viver informalmente é bem diferente do direito de viver fora das leis. O primeiro é legítimo o segundo é inadmissível.

Segundo Maria Helena Diniz, para admitirmos casamento e união estável entre homossexuais, teríamos, primeiramente, de alterar a constituição mediante emenda, pois a norma é especial, não podendo, por isso, ser aplicada à união de pessoas do mesmo sexo, visto que consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, sendo que estender tal norma a casal homossexual equivaleria a tratar igualmente os desiguais.

Em sentido inverso, a autora coleciona posições divergentes, considerando que a homossexualidade não é um pressuposto da entidade familiar, por agredir princípios constitucionais de respeito à dignidade humana e à igualdade jurídica e pelo fato de a norma constitucional dever ser interpretada conforme as exigências da realidade.

Quanto à jurisprudência pioneira e à justiça do Rio Grande do Sul do Brasil, reconhecendo direitos previdenciários e hereditários no âmbito da justiça federal, envolvendo uma discussão acerca do património formado por casais homossexuais no plano estadual e no plano da uniformização da jurisprudência nacional, atribuído ao superior tribunal de justiça, a tendência é não reconhecer a relação homossexual como entidade familiar equiparada à união estável, remetendo a discussão sobre uma eventual divisão de património para uma resolução com base na sociedade de fato no juízo cível comum, mas não negando a relevância social do fato. (Brasil, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Agravo de instrumento número 599075496. Relator

Desembargador Breno Moreira Mussi, Porto Alegre, julgado em 17 de Julho de 1999).²⁷

3.2. O caso do diplomata da Santa Sé.

Depois de algum impasse, o diplomata francês Laurent Stefanini foi recebido no Vaticano, onde foi rejeitado como embaixador por ser homossexual. A nova rejeição do diplomata proposto pelo presidente François Hollande foi confirmada, criando um incidente diplomático entre o Vaticano e a França.

Foi diplomata entre 2001 e 2005, antes de assumir o posto no Ministério dos Negócios Estrangeiros. Suspeita-se que a rejeição, além da homossexualidade do diplomata, tenha sido motivada por uma retaliação ao reconhecimento da união homossexual em França, em 2013, por Hollande, e que a proposta de um embaixador homossexual seria uma provocação do governo francês.²⁸

Tendo em conta o tempo em que se considerava que a homossexualidade de um diplomata o expunha a chantagens e, de certo modo, podia convertê-lo num risco de segurança. O que não significa que a homossexualidade não possa ainda tornar-se num “caso” diplomático, como se verificou no caso exposto, com a não-aceitação pela Santa Sé de um embaixador francês casado com outro homem. Todavia, nesta circunstância, surge a questão religiosa, tendo a evolução no tratamento do tema sido mais lenta.

Trinta oito Estados Africanos criminalizam a homossexualidade; por exemplo, Estados como o Sudão, Mauritânia, Somália e o norte da Nigéria, que adotam a *charia*, preveem pena de morte. Nigéria e Uganda endureceram há pouco as suas leis. Mesmo na África do Sul, existe ambiente homofóbico: lésbicas submetidas a violações coletivas, “para as curas”. Segundo declarações do Presidente da Gâmbia, que ilustram a realidade africana, *“A homossexualidade nunca será tolerada e poderá incorrer a pena máxima pois quer levar a humanidade a extinção inglória. Combateremos essa bicharia, os chamados homossexuais ou gays como combatemos os mosquitos da malária ou com mais rigor ainda. No que me diz respeito, LGBT só pode significar*

²⁷DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família, 19.ed.rev.aum.e atual.de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

²⁸O caso do diplomata na Santa Sé. Publicado em Maio de 2015 (disponível em: <http://revistaladoa.com.br/2015/05/noticias/papa-francisco-rejeita-diplomata-homossexual-frances-mais-uma-vez-para-embaixada-no#ixzz41ZL0MBL2>, acesso em 12 de Maio de 2016.

Lepre, Gonorreia, Bactéria, Tuberculose; coisas nocivas. Esclareço também que a Gâmbia não poupará nenhum homossexual e portanto a imunidade diplomática não será respeitada no caso de diplomatas homossexuais”.²⁹ Vale a pena ressaltar um outro caso, ocorrido em 2010, em que o ministro dos negócios estrangeiros da Tanzânia, Bernard Membe, recusou o pedido de um diplomata homossexual com o mesmo objetivo. Na ocasião, a resposta teve um tom preconceituoso, como podemos perceber nas palavras do mesmo ministro tanzaniano: “Quando informei o presidente Jakaya Kikwete da identidade dessa pessoa, respondeu-me que não aceitasse.”³⁰

Vale também a pena referir o caso da nomeação do embaixador de Israel em Angola, que foi recusado devido ao fato do Embaixador, Yitzhak Yanuka, ser abertamente homossexual, de acordo com um relatório publicado na imprensa.

O Embaixador Israelita Yitzhak Yanuka está em Angola com o seu parceiro, Mikey Goldstein. Desde 1995, é o chefe da comissão de Jerusalém Open House, e durante anos foi um ativista da comunidade homossexual e lésbica de Israel.

O Ministério dos Negócios Estrangeiros israelita aprovou a nomeação de Yanuka e esperou pela aprovação do governo angolano. As autoridades angolanas não emitiram uma recusa oficial para evitar prejudicar as relações, mas não confirmaram a nomeação. Segundo um porta-voz da embaixada israelita em Luanda, Angola, a embaixada tinha ouvido relatos dos meios noticiosos locais relatando que a demora na nomeação de Yanuka estava ligada à sua homossexualidade, mas não pôde confirmar se foi este o caso.

O autor de um artigo num dos jornais de Angola afirmou que o fato de Angola ter relutância em aprovar a nomeação de Yanuka pode ter a ver como receio de que ele trouxesse o seu parceiro para Luanda.

Goldstein teria decidido não acompanhar Yanuka se fosse nomeado, mas o governo angolano ainda não aprovou as suas Cartas Credenciais.

²⁹ CUTILEIRO, José. Bloco-Notas. A peste homofóbica (disponível em: retrovisor.blogs.sapo.pt/tag/mapa, acesso em 12 de Janeiro de 2017).

³⁰ MEMBE, Bernard. Ministro dos Negócios Estrangeiro. Tanzânia: Pobre e Orgulhosa, publicado em 11 de Maio de 2011 (disponível em: <http://www.identidadeg.com.br/2011/11/mundo-tanzania-pobre-e-orgulhosa.html#ixzz4>, acesso em 12 de Janeiro de 2017).

Yanuka decidiu posteriormente anular a sua candidatura ao cargo, uma decisão que o Ministério dos Negócios Estrangeiros Israelita disse que dever-se a razões pessoais. Na embaixada ninguém foi informado pelo governo angolano do motivo de a nomeação de Yanuka ter sido adiada e os funcionários do governo angolano temiam que a nomeação do diplomata israelita pudesse pôr em risco o relacionamento entre o governo israelita e o angolano. A reportagem completa encontra-se na Angola24horas.com, acesso em 15/01/2017.

O que se questiona é se deve ser aceite e protegida a pessoa que está unidade fato com um diplomata ou que com ele tenha celebrado um casamento homossexual, mesmo que no sistema jurídico do Estado acreditador se recuse esta prática. Porém, no meio diplomático, a união homossexual não é um tabu, já que a maioria dos profissionais tem uma visão moderna sobre o assunto. Subsiste, contudo, uma enorme barreira da sociedade quanto ao reconhecimento do casamento homossexual. Um caso recente de um diplomata homossexual belga, Jozef Smets, que apresenta o seu cônjuge Cristophe no ato cerimonial de entrega da credencial no Itamaraty, no Ministério das Relações Exteriores do Brasil, sendo *“Que costuma de apresentar o companheiro em todos os locais onde ocupou o cargo diplomático, e que já estão casados há muito tempo e não tinha a razão como não leva-lo para o lugar onde exercerá a missão. A reportagem completa encontra-se na edição impressa do correio brasileiro publicada em 15/11/2012”*.

Na mesma linha de pensamento, também os EUA estendem os benefícios aos diplomatas homossexuais e suas famílias, no uso de passaportes diplomáticos, viagens pagas pelo governo ao assumir posto no exterior ou regressarão país, obtenção de atendimento médico em instituições americanas no exterior e formação em segurança e línguas estrangeiras. Além disso, as famílias dos funcionários homossexuais terão direito a operações de retirada de emergência de um país, levadas a cabo pelo governo americano por questões de segurança, algo que pelas regras atuais não acontecia. A questão deve ser analisada, permitindo as mesmas condições de um casamento normal, isto é, deve ser a lei do estatuto pessoal a definir a validade ou não do casamento homossexual e da consistência da união de fato. *“A reportagem completa encontra-se na edição impressa Folha do Estado de São Paulo publicada em 25 /05/2009”*.

3.3.Nomeação pelos Estados Unidos de um homossexual para a embaixada na República Dominicana.

O porta-voz da embaixada dos Estados Unidos no país, Daniel Foot e Brewster, está “muito contente” com a possibilidade de trabalhar na República Dominicana. A decisão do departamento de estado norte-americano (que ainda tem de ser aprovada pelo senado) ao nomear um homossexual para embaixador tem gerado repercussão na imprensa do país caribenho. Tendo em conta as críticas da Igreja Católica, a República Dominicana rechaçou a nomeação do embaixador dos Estados Unidos no país. Segundo o bispo auxiliar de Santo Domingo, monsenhor Pablo Cedano, Brewster, *“está longe da realidade cultural e a esperança de que o designado embaixador não chegue ao país, porque, se o fizer, vai sofrer e terá que sair que foi uma falta de sensibilidade, de respeito dos Estados Unidos, sobre a ação de nomear um ativista homossexual como embaixador, durante uma atividade para discutir os direitos humanos dos trabalhadores imigrantes do país”*.³¹

3.4. Japão concede visto diplomático a homossexual brasileiro casado com cônsul dos Estados Unidos.

Embora o Japão ainda não permita o casamento entre pessoas do mesmo sexo, um caso inédito no país foi o governo conceder ao brasileiro Emerson Kanegusuke o direito ao visto diplomático, por ser casado oficialmente com o cônsul-geral dos Estados Unidos em Osaka Kobe, Patrick Joseph Linehan. Com a entrada de Barack Obama no governo, em 2008, Washington passou a dar tratamento igual aos casais. Apesar de o país também não autorizar por lei o casamento homossexual (somente seis estados e o distrito de Colúmbia permitem este tipo de união), o governo norte-americano passou a reconhecer oficialmente os parceiros de diplomatas como membro da família. Quando foram transferidos para o Japão, já o admitia como diplomata, conforme foi solicitado pelo governo dos Estados Unidos.

Para o vereador Wataru Ishizaka, que, junto de Taiga Ishikawa, foram os primeiros políticos assumidamente homossexuais eleitos em 2011, foi um importante passo no reconhecimento dos direitos dos homossexuais no Japão, pois o Ministério das Relações Exteriores mostrou que há espaço para um debate sobre o tema. Contudo, é

³¹ SANTOS, Waltecy Alves dos. James Brewster diretor nacional LGBT do Comitê Nacional Democrata sofre resistências da Igreja Católica local. **Disponível em:** [www. EUA](http://www.EUA) indicam militante gay para embaixador na República Dominicana, acesso em 15 de Janeiro de 2017.

preciso lembrar que só ainda familiares de diplomatas têm a oportunidade de obter o visto de permanência. Segundo Ishizaka, os casais comuns terão ainda de aguardar mais algum tempo, sendo primeiramente necessário aprovar legalmente o casamento entre pessoas do mesmo sexo no país. O grande problema seria o registo de estrangeiros: o Japão teria de alterar toda a sua legislação nacional, inclusive para os próprios japoneses, para então poder aceitar a mudança de estado civil no documento.³²

3.5. Os diplomatas portugueses com os direitos iguais.

Os diplomatas portugueses têm direitos iguais desde 2001. O direito foi concedido em uniões civis estáveis mas nenhum deles reivindicou os seus direitos. Nenhum diplomata que viva em união estável com uma pessoa do mesmo sexo pediu para usufruir das prerrogativas a que tem direito e que lhe são reconhecidas pelo Ministério dos Negócios Estrangeiros.

O conjunto de direitos que o novo Governo dos Estados Unidos da América, por Barack Obama, reconheceu aos diplomatas que vivem conjugalmente com pessoas do mesmo sexo é uma realidade reconhecida por Portugal aos diplomatas, desde que foi aprovada a nova versão da lei das uniões estáveis, de 2001, e inclui o reconhecimento das uniões entre homossexuais. Segundo Paula Mascarenhas, assessora do ministro dos Negócios Estrangeiros, em Portugal, *“aplica-se a legislação para toda a gente”*. Pormenoriza que *“como só há reconhecimento de união estável entre homossexuais e não casamento civil, os homossexuais têm direitos inerentes à lei (...) neste caso são reconhecidas todas as prerrogativas do corpo diplomático”*.

Na Europa, Portugal não é o único país que reconhece direitos na carreira diplomática aos seus funcionários que vivem com parceiros do mesmo sexo. Desde a Alemanha à Itália, é reconhecido o direito de tratamento igual nas prerrogativas diplomáticas àqueles com quem os diplomatas vivem conjugalmente em relações homossexuais.

Assim, os direitos que a secretária de Estados dos Negócios Estrangeiros norte-americana, Hillary Clinton, anunciou são reconhecidos aos diplomatas, em Portugal. Os direitos incluem acompanhamento na representação do Estado, vistos e passaportes

³² TOBACE, Ewerthon. Japão concede visto diplomático a gay brasileiro casado com cônsul dos EUA. Disponível em: www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/02/120216_japao_gay_et_pu.shtml, acesso em 15 de Agosto de 2016.

diplomáticos, viagens pagas para os locais de destino, despesas de transporte de móveis e bens pessoais, viagens de urgência para visitar parceiros doentes ou feridos e direito a ser retirado, às custas do Estado, em caso de emergência médica ou de segurança. Paulo Corte-Real classifica como “positiva” a existência deste reconhecimento, mas sublinha que isso “*é o esperado dentro do ponto de vista da cidadania plena de todas as pessoas*”. Acrescenta que é estranho que o reconhecimento “*não aconteça em outras situações*”.

Paulo Corte-Real considera mesmo que “*o problema do não reconhecimento dos casais de parceiros do mesmo sexo é grave; por exemplo, as questões como os empréstimos e os seguros*”. Conclui: “*O ponto de partida é o de que não haja discriminação, as falhas estão em quem não o faz*”.

Já sobre o fato de nenhum homossexual que trabalha no corpo diplomático usufruir dos direitos, Paulo Corte-Real considera que “*este fato demonstra a necessidade de um trabalho que vai além da igualdade formal, que passa pela formação e pela educação*”. Também Sérgio Vitorino das Panteras Rosas considera que “*o Ministério dos Negócios Estrangeiros não fez mais do que a sua obrigação*” e que é “*ótimo que uma organização do Estado regule e aplique a lei geral em relação aos seus funcionários*”. No entanto, considera que “*a lei precisa de regulamentação*”, o que, desde 2001, ainda não foi feito.

Sérgio Vitorino insiste em ressaltar que, pelo fato da lei não estar regulamentada, “*têm surgido obstáculos à sua aplicação e a situação não é clara (...), há pessoas que recorrem as diferentes órgãos mas não há uniformidade*”.³³

Quando um diplomata homossexual vai para um país com direito civis diferentes dos seus, é um desafio enorme levar o seu cônjuge, sabendo do problema que iam encontrar no país acreditador. Entretanto, o Estado acreditador não é obrigado a conceder a imunidade ao parceiro. Porém, o problema reside na possibilidade de o país não reconhecer o casamento de uniões homossexuais, apesar de a Convenção de Viena de 1961 expor no seu art.º 37, número 1, que os «*membros da família de um agente diplomático que com ele vivam gozarão dos privilégios e imunidades diplomáticas*».

³³ ALMEIDA, São José. Uniões gays têm direitos reconhecidos na diplomacia portuguesa desde 2001 mas ainda ninguém os reivindicou. Disponível em: www.uniões-gay-tem-direitos-reconhecidos-na-diplomacia-..., acesso em 16 de Maio de 2016.

Portanto, são situações muito difíceis, coma maioria dos países a decidir recusar a entrada de diplomata que mantenham relacionamentos homossexuais, com base nos seus princípios e normas consuetudinárias.

Somos da opinião de que, se o Estado acreditador perceber que os casais diplomatas homossexuais não são bem-vindos no seu país, tal não pode ser visto como motivo de discriminação, sendo atos da vontade de cada Estado (quererem ou não atribuir ao parceiro ou parceira a imunidade e privilégios, no seu ordenamento jurídico e nas suas normas consuetudinárias), mas o que prevalece são as leis do Estado acreditador, tendo em conta que é um ato discricionário constante no artigo 47 da CVRD.

Do ponto de vista do direito, o Estado acreditador pode invocar qualquer justificação para não aceitar o agente diplomático, porém deve levar em consideração as consequências políticas dos seus atos. Por exemplo, em Maio de 2010, o Ministério das Relações Exteriores do Brasil (Itamaraty) passou a autorizar também a concessão de passaporte diplomático ou de serviço, bem como o encaminhamento de pedido de visto de permanência em favor de companheiros homossexuais.

No que respeita os companheiros de diplomatas estrangeiros acreditados no Brasil, o Itamaraty credencia-os e concede-lhes os privilégios devidos, desde que respeitado o princípio da reciprocidade de tratamento pelo outro país. Dos países consultados, 37 aceitaram conceder tratamento igual aos companheiros homossexuais de diplomatas brasileiras a servir no exterior. O Ministério das Relações Exteriores foi ainda o primeiro Ministério a conceder pensão por morte ao companheiro homossexual.³⁴

Viviane Brito Yanagui, reflete sobre a disciplina legal possível para enfrentar a lacuna referente aos patos homossexuais de convivência. Isto, porque o início e o fim das uniões homossexuais geram efeitos no mundo jurídico, cabendo aos tribunais a tarefa de solucionar os problemas decorridos desses efeitos. Afinal, subtrair juridicidade a um fato social implica deixar o indivíduo à margem da própria cidadania, o que não cabe no âmbito do Estado de direito democrático.

³⁴ PATRIOTA, António; ROSÁRIO, Maria em palestra proferida em 2013, Promovendo a igualdade, promovendo direitos - Diplomacia Pública. Disponível em: **Sistemadireitoslgbt, acesso em 16 de Janeiro de 2017.**

Questões como o destino dos bens de uma pessoa homossexual em união com outra, quando ela morre; o resguardo ao parceiro que permanece vivo; o direito à pensão; a partilha dos bens; a proteção aos terceiros de boa-fé, nos negócios jurídicos que envolvem parceiros homossexuais, como a venda de um imóvel; todas impõem respostas legais.

O exemplo acima citado, nos casos em que haja situações idênticas nos diplomatas de casais homossexuais que acompanham o seu cônjuge durante a missão: se adquirirem os bens imóveis juntos, sabendo que as leis e o regulamento das partilhas de bens do Estado acreditador não o permitem, por isso afrontaras leis e ordenamento jurídico do Estado acreditador, poderá não haver lugar a partilha de bens em caso de divórcio.³⁵

3.6. Posição da jurisprudência em relação às uniões homossexuais.

Viviane Brito Yanagui enfatiza Varella (2005, p.14). As uniões homossexuais não podem ser simplesmente esquecidas e postas de lado, enquanto não se chega a um consenso sobre como discipliná-las. São fatos sociais e, como tais, carecem de tutela jurídica. Em 1998, o supremo tribunal de justiça do Brasil reconheceu a existência de união de fato entre dois homens, conferindo ao companheiro sobrevivente o direito à partilha dos bens adquiridos na vigência de relação homossexual, pela aplicação do artigo 1.363 do antigo código civil brasileiro. Nesse caso, a orientação sexual não alterou ou impediu a aplicação do referido artigo o princípio da igualdade. O tema união ainda desperta controvérsia e o intuito não é abordá-lo sob outra ótica que não seja a da perspectiva jurídica.³⁶

Capítulo IV. UNIÃO POLIGÂMICA.

4.1. Introdução

³⁵ YANAGUI, Viviane Brito. União Homossexual – Necessidade de Reconhecimento legal. Relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. Especialização apresentada pela Universidade do Legislativo Brasileiro, 2005, P. 1.

³⁶ Ibidem, p. 14

Tendo em conta que é invulgar lidar com casos de diplomatas poligâmicos, que chegam ao posto com mais do que uma esposa, todos os Estados, no entanto, ao aceitarem o cônjuge de um agente diplomático como membro da família conjugal, incluem o marido de uma esposa diplomática. No Tribunal de St James, as esposas casadas foram recebidas como embaixatrizes e, em maior número, como agentes diplomáticos e os seus maridos foram admitidos com direito aos privilégios e imunidades diplomáticas.³⁷ Cada vez se aceitam mais parceiros não casados e, às vezes, até parceiros do mesmo sexo. Alguns Estados não irão reconhecer mais do que uma esposa de um casamento poligâmico. Casos difíceis serão objetos de consultas, mas se estas não resultam em acordo, na prática, a decisão final cabe ao Estado acreditador.³⁸

O direito interno francês e principalmente os países europeus ou americanos não aceitam segundos cônjuges face às demandas, os representantes diplomáticos estrangeiros que desejam ter muitas esposas beneficiárias do regime de imunidade diplomática. A França adota a posição contrária: o agente diplomático deve escolher, de entre as esposas, aquela que pretende apresentar à autoridade francesa como sua «principal esposa» portanto, será considerada do que vivem sob o mesmo teto e que gozam das imunidades diplomáticas.

Nesta toada, uma circular do ministério francês dos negócios estrangeiros de 16 de Maio de 1995 institucionaliza uma norma em duas regras: 1) os diplomatas estrangeiros em França não podem ter «mais do que uma esposa» a beneficiar das imunidades diplomáticas; 2) «os outros cônjuges não são aceites ou ficam, em território francês, sujeito a aplicação do direito comum».³⁹

Este regime de extensão dos privilégios e imunidades não deixa, todavia, de levantar questões complexas na sua aplicação. Desde logo, na identificação dos membros da família que devem ser incluídos no seu âmbito de proteção: o artigo 37, números 1 e 2, refere-se aos membros da família do agente diplomático ou do membro do pessoal administrativo e técnico que com ele vivam, mas o conceito de família não é unívoco, variando de jurisdição para jurisdição, não se encontrando uma definição consensual que possa ser utilizada no âmbito jurídico-internacional. Pense-se, por exemplo, na possibilidade de a ordem jurídica do Estado acreditante permitir o casamento poligâmico e de a ordem do Estado acreditador o proibir, residindo com o agente diplomático no Estado acreditador dois cônjuges; deverão estender-se, ou não, num caso destes, os privilégios e imunidades do agente também ao segundo cônjuge? Ou no caso de o Estado acreditante permitir o casamento entre pessoas do mesmo sexo e o Estado acreditador o proibir, qual deverá ser o estatuto do cônjuge do mesmo sexo que resida com o agente diplomático no Estado acreditador? Pense-se ainda nos casos de união de facto cujo tratamento jurídico nos dois Estados é diferente.

³⁷ SATOW'S, Guide. To diplomatic practice, edited by Lord Gore-Booth; assistant editor Desmond Pakenham – 5th ed. - London, 1979, p.144.

³⁸ AUST, Anthony. Handbook of law, 2ª edição (New York): Cambridge Press (copy. 2010), p. 135.

³⁹ PANCRACIO, Jean-Paul. Droit et institutions diplomatiques. Editeur: Pedone: 2007, p. 224.

Em rigor, parece que a melhor solução seria a do reconhecimento dos laços familiares constituídos ao abrigo da ordem jurídica do Estado acreditante, pois o que se mostra relevante é a consideração das relações internas do círculo familiar, da caracterização das pessoas em causa como uma extensão da pessoa do próprio diplomata, cuja salvaguarda é para garantir uma atuação independente deste último, que deixa nas mãos do Estado acreditador a decisão, que estima poder ser recusada se este entender que a situação é contrária à sua ordem pública.

No entanto, como informa Eileen Denza, a prática estatual é muito desigual, mesmo entre países com conceitos de família próximos: a Grã-Bretanha, por exemplo, admite a extensão das imunidades e privilégios apenas a um cônjuge nos casamentos poligâmicos, ao passo que os Estados Unidos não fazem essa restrição. Por outro lado, a densificação do requisito “que com ele (membro da missão) vivam” (a versão em língua inglesa é menos problemática “forming part of his household”), também se mostra difícil, pois se é indisputado que, além do cônjuge, inclui os filhos menores do membro da missão que com ele coabitam, todos os restantes casos se prestam a discussão.

Procurando encontrar a teleologia da categoria formulada pela Convenção neste caso, parece ser de concordar com Vilarino Pintos, quando aponta no sentido da identificação da pertença um agregado familiar comum, que compreende as pessoas a cargo ou que dependem economicamente do membro da missão e do seu cônjuge (caso este existia e esteja presente), e que com eles coabitem: os filhos ou outros descendentes ou irmãos menores não emancipados, quer do membro da missão, quer do seu cônjuge (quando não ambos), os filhos ou outros descendentes ou irmãos maiores que dependem economicamente dos seus pais, até à conclusão dos estudos, ou, por razões de incapacidades, que se encontrem nas referidas condições de coabitação e dependência económica, e ainda outras situações que possam preencher os mesmos critérios. Como informa Eileen Denza, também aqui a prática estadual é muito variada.⁴⁰

Esta visão das coisas não vem no entanto constituir um obstáculo, ao admitir que os cônjuges, originários dos territórios sob soberania francesa, podem ter uma escolha neste sentido, se faziam parte de um estatuto pessoal poligâmico, sendo lhes possível optar por lei Comum do estado civil monogâmico. A segunda hipótese deste estudo, por um lado, nunca foi disputada seriamente na jurisprudência, tendo em conta a gravidade do ato, devendo ser objeto de uma declaração expressa.

O seu estatuto pessoal foi regulado pelo direito comum francês (e em particular pelo artigo 147 do código Civil, que proíbe bigamia).

No direito gabonês, no ato de renúncia ou renúnciação, a poligamia deve ser apresentada ao funcionário do registo civil para registo. Este ato é preparado por um notário ou um agente público na presença da noiva. Esta escolha será mencionada no casamento. No direito senegalês, a opção da monogamia está contida na lei do

⁴⁰ VALLE, Jaime. Direito Diplomático e Consular 1. A.A.F.D.L, Editora: Lisboa /2017, pp. 61-62.

casamento e é especificado e publicado. Opções posteriores à celebração do casamento e são mencionadas nas linhas laterais, no ato do nascimento. O direito Camaronês vai na mesma direção, apontando para aquilo que deve constar da lei do casamento a declaração expressa dos cônjuges que pretendam um casamento monogâmico.

Este mecanismo de opção da legislação foi adotado por alguns países africanos que se tornaram independentes, confirmando a ideia de que a possibilidade de um homem de estatuto pessoal se tornar poligâmico pode depender da natureza do seu casamento anterior. Porém, esta legislação aparece, ao contrário da teoria inglesa depende da vontade do marido.⁴¹

No direito guineense, a definição também deve ser alterada, de forma a poder admitir casamento poligâmico. Neste momento, a bigamia não é aceite pela lei do art. 1601. Contudo, a sociedade não só o tolera, mas aceita o facto como normal, senão mesmo como um dever ser.

Também se pode questionar, ao admitirmos que o homem possa ter mais de uma mulher e não sendo possível o contrário, se isso não choca com o princípio da igualdade.

A resposta deve ser negativa, porquanto não está em causa a consagração da poligamia *tout court*. Explicando melhor, diríamos que, no momento do casamento, o homem deve declarar se quer um casamento monogâmico ou poligâmico, devendo igualmente a mulher consentir que o marido tenha mais de uma mulher, na falta de acordo, querendo ambos prosseguir com o casamento, este considere-se monogâmico.

Não pode o marido, em todo o caso, ter mais do que quatro mulheres, nem pode nenhuma das mulheres ser obrigada a viver com as outras na mesma casa e nem a partilhar uma mesma casa. Caso se decidir pelo casamento poligâmico, o regime de bens deve ser necessariamente o da separação de bens.

Alias, tanto nas grandes cidades como no interior, a regra é os homens terem mais de uma mulher. Por exemplo, nas cidades, temos a chamada «mulher oficial» e depois a “casa dois,” de cuja existência a esposa legítima sabe e aceita. No interior, os homens casam-se com mais de uma mulher, vivendo com elas na mesma casa. Por

⁴¹ BOURDELOIS, Beatrice. *Mariage Polygamique et Droit Positif Français*. Préface de Pierre Bourel, ouvrage distingue l'Université Panthéon – Assas, Paris II, pp. 41-67.

exemplo, nas etnias mandingas, fulas e papéis, para citar apenas algumas, esta é situação bastante habitual.⁴²

4.2. Razões contra o reconhecimento de efeitos a casamentos poligâmicos.

Para Gil podemos considerar como sendo três, as grandes ordens de razões que a jurisprudência tem usado para justificar a negação de efeitos a casamentos poligâmicos: a harmonia jurídica do Estado acreditador, a identidade cultural desse Estado e a proteção das mulheres de estatuto monogâmico.⁴³

O mecanismo de visa salvaguardar a harmonia da ordem jurídica do foro e a coesão da sociedade em causa. De fato, a ordem jurídica não pode por um lado invocar determinados valores e defini-los como essenciais, e por outro reconhecer efeitos a instituições que os põem gravemente em causa. Toda a ordem jurídica necessita de coerência no que toca aos valores que reconhece no seu seio, sob pena de se negar a si própria. Este é, sem dúvida, um argumento *defensivo* da ordem jurídica interna. Ora, a negação de efeitos ao instituto da poligamia é quase sempre levada a cabo por se considerar que este instituto, ao não respeitar valores essenciais da ordem jurídica, se pode traduzir num elemento perturbador desta, levando a perplexidades a vários níveis.

Este argumento foi bastante tido em conta nos primórdios da construção jurisprudencial inglesa, alicerçada sobretudo nas dificuldades em compatibilizar as normas internas com a instituição do casamento poligâmico. As primeiras decisões sobre a matéria remontam a meados do séc. XIX, em que a poligamia era encarada como sendo um assunto para o qual os tribunais ingleses não possuíam competência. No *leading case*, *Hyde v. Hyde* (1866), sobre um pedido de divórcio de um mórmon, casado apenas com uma mulher, o tribunal declarou que o casamento em causa não podia ser reconhecido por um tribunal inglês, já que a doutrina dos mórmons reconhecia e praticava a poligamia.

Ora, sendo a lei inglesa exclusivamente adaptada ao casamento cristão, seria

⁴² GOMES, Alcides. Contributo para a reforma do Código Civil: Direito Internacional Privado, Direito da Família e Direito Sucessório: Estudos comemorativos dos vinte anos da Faculdade de direito de Bissau Volume1 - 1990-2010, p. 191.

⁴³ GIL, Ana Rita. Do reconhecimento de efeitos jurídicos a casamentos poligâmicos. Trabalho corresponde ao relatório apresentado no seminário de teoria do direito, da 2ª fase letiva do 7º Programa de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa sob a regência do Professor José de Sousa Brito, p. 9.

inaplicável a essa situação. Deste *leading case*, derivaram duas decorrências que marcaram toda a posterior jurisprudência na matéria: por um lado, a convicção de que o casamento poligâmico não podia ser assimilável à instituição matrimonial inglesa e, por isso, não podia ser objeto de decisão por parte dos tribunais.

Por outro, a de que “casamento poligâmico” era uma noção que abrangia os casamentos potencialmente poligâmicos, ou seja, as uniões em que o marido tem o direito, de acordo com a lei que rege o casamento, de desposar simultaneamente várias mulheres, embora apenas tenha desposado uma. Para se considerar um determinado casamento como poligâmico não era necessário existir uma sequência de matrimônios, podendo tratar-se apenas de um único, em relação ao qual os seguintes, se efetivassem, eram tidos como um simples desenvolvimento

Na base da negação de efeitos a casamentos poligâmicos pelos tribunais ingleses estiveram apenas preocupações de ordem técnica, devidas à inadequação das leis internas para regerem situações estranhas àquelas para as quais estavam pensadas. Considerações relativas à compatibilidade da instituição com a do foro por violação de valores fundamentais não foram, pois, tecidas. Não obstante, alguns autores vêm nesta corrente uma expressão genérica de contrariedade do instituto à Internacional do foro.

Uma mudança na orientação inglesa fez-se sentir com o *Matrimonial Proceedings Act* de 1972, adotado após o relatório do *Law Commission*. A partir de então, um pedido não pode ser rejeitado pelos tribunais ingleses pela simples razão de que o casamento foi realizado sob o império de uma lei que autoriza a poligamia. Apesar de não se poder justificar hoje a posição absolutista dos tribunais ingleses, há que referir que as dificuldades por estes apontadas são um importante fator a ter em conta, na *vexata quaestio*. Elas demonstram as perplexidades que o reconhecimento de efeitos a casamentos poligâmicos pode fazer surgir na nossa ordem jurídica, pela introdução de uma instituição em muito incompatível com regras e institutos vigentes e sedimentados. Várias são as incoerências internas que tal reconhecimento provocaria. Senão, vejamos: desde logo, como conciliar o reconhecimento de efeitos a casamentos poligâmicos com a previsão, pela maior parte dos sistemas jurídicos europeus, de um crime de bigamia?

A sociedade dificilmente compreenderá que o mesmo comportamento, se cometido por um nacional do foro, seja sancionado penalmente, mas se cometido por

um nacional de estatuto poligâmico, pode produzir efeitos no território. Nesse sentido, refere DEVLIN, o que justifica verdadeiramente a previsão do crime de bigamia é a coesão social, pelo que a permissão de tal comportamento nuns casos e a sua punição noutros a poderá colocar gravemente em causa. Não obstante, há que relativizar esta incoerência. Por um lado, há que ter em conta que apenas as uniões contraídas no território podem gerar a prática de um crime de bigamia.

Mais longe vai Beatrice Bourdelois, que defende que, visando este crime salvar o bem jurídico “princípio monogâmico”, ele apenas se aplicaria às pessoas que estão submetidas aos princípios fundamentais dessa estrutura familiar, não podendo, por isso sancionar um indivíduo a quem não se dirijam esses princípios. Assim, a autora defende que, se um homem de estatuto pessoal poligâmico contrair em França um segundo casamento, este será por certo nulo, mas a pessoa em causa não cometerá um crime de bigamia.

Outro domínio em que se poderão levantar perplexidades é o do regime dos deveres pessoais dos cônjuges. Em Inglaterra, a *Law Commission* considerou que as relações que o marido mantém com cada uma das suas mulheres não podiam ser consideradas adúlteras em relação às outras. Também os tribunais franceses consideraram que um marido de estatuto poligâmico não cometia adultério ao casar segunda vez. Não obstante, se a primeira mulher tiver estatuto monogâmico, considerou-se que o marido, ao contrair uma segunda união, violava os seus deveres conjugais para com esta, não obstante não cometer adultério.

Esta solução não deixa de levantar perplexidade e demonstra as dificuldades que o reconhecimento de efeitos a casamentos poligâmicos pode implicar, no seio de uma ordem jurídica que não reconhece a instituição e cujas normas estão orientadas para uma conceção de casamento enquanto contrato exclusivo entre duas pessoas. Daí que a jurisprudência francesa coloque muitas reticências no que toca ao reconhecimento de efeitos pessoais a casamentos poligâmicos, contrariamente ao que se passa em relação aos efeitos patrimoniais, em que estes argumentos se não revestem do mesmo peso.⁴⁴

4.3. A identidade cultural do estado acreditador.

⁴⁴ Idem, págs.10-12.

Para além da harmonia da ordem jurídica estadual, posta em causa pelas contradições provocadas pelo reconhecimento de efeitos a casamentos poligâmicos, a jurisprudência tem invocado um outro argumento defensivo da ordem interna: a defesa da identidade cultural do Estado. Esta pode ser ameaçada com a introdução de um modelo familiar distinto, e mesmo antinómico, em relação ao vigente no seu seio, quer no que toca à condição feminina, quer no que toca às relações entre os cônjuges, na vida matrimonial.

Este tem sido um argumento sobre maneira tido em conta, no que toca ao reconhecimento de variados efeitos de direito público. Nesse sentido, o fato de um indivíduo manter um casamento poligâmico foi considerado, pelas autoridades e jurisprudência francesa, como demonstrando que o mesmo não se encontrava assimilado à comunidade francesa, e por isso, constituiu motivo para se recusar um pedido de aquisição da nacionalidade.

Ultimamente, a jurisprudência francesa começou a alargar essas recusas às situações de casamentos potencialmente poligâmicos. Outra coisa não fez o Tribunal Administrativo de Paris, em 23 de Maio de 1990, que rejeitou tal pedido a uma mulher, única esposa de um homem que possuía estatuto poligâmico e que não havia optado por conferir carácter monogâmico ao casamento, como lhe era permitido pela sua lei nacional. Foi a primeira vez que o direito francês assimilou, à semelhança do que se passava na Inglaterra, um casamento potencialmente poligâmico a um casamento poligâmico de fato.

A proteção da identidade cultural do Estado tem sido também invocada em matéria de imigração, um dos domínios mais polémicos no que toca ao reconhecimento de efeitos a casamentos poligâmicos. A Alemanha e a França começaram por adotar posições bastante permissivas.

Na Alemanha, o Verwaltungsgericht e o Bundesverwaltungsgericht consideraram que a não se opunha ao reagrupamento familiar de uma segunda mulher, pois a permanência no território de uma união poligâmica constituída validamente no estrangeiro (e de acordo com a lei pessoal dos cônjuges) não podia ser considerada prejudicial para a comunidade social alemã. Também a jurisprudência francesa começou por seguir esta linha de raciocínio.

Assim, contrariamente à abordagem literal da Administração, que havia negado o reagrupamento familiar de uma segunda mulher, por considerar que a lei só se aplicava a um cônjuge, o Conseil d'État defendeu que a lei se devia interpretar de acordo com o princípio que visava salvaguardar o direito a levar a cabo uma vida familiar normal. Tal direito deveria ser concretizado em relação ao estrangeiro visado, de acordo com a sua lei pessoal. Assim, se essa lei previa a poligamia, então a poligamia faria parte da vida familiar normal que o estrangeiro tinha direito de levar a cabo no território. Nesse sentido, a coabitação de um poligâmico com uma multiplicidade de esposas não obstava à atribuição de uma autorização de permanência no território à segunda mulher e respetivos filhos menores.

Não obstante, um passo atrás veio a ser dado com as leis de 24 de Agosto de 1993 e de 11 de Maio de 1998, que vieram excluir a carta de residente e a autorização de permanência temporária, a título de “vida privada e familiar”, ao estrangeiro e cônjuges que vivam em Estado de poligamia, bem como o direito ao reagrupamento familiar de segundos cônjuges e filhos. Assim, o estrangeiro que viva em França com uma das esposas não pode invocar esse benefício em proveito de outros cônjuges e filhos. Se os mesmos vierem, não obstante, juntar-se a este, o seu visto ser-lhes-á retirado, bem como o do próprio polígamo.

Confrontado com a possível inconstitucionalidade deste regime, por violação do direito a levar a cabo uma vida familiar, o Conseil Constitutionnel afastou essa possibilidade, afirmando agora que « *les conditions d'une vie familiale normale sont celles qui prévalent en France, pays d'accueil, lesquelles excluent la polygamie (...) les restrictions apportées par la loi au regroupement familial des polygames et les sanctions dont celles-ci sont assorties ne sont pas contraires à la Constitution.* » Tratou-se, sem dúvida, de um claro sinal de que a França pretendia restringir a convivência poligâmica no seu território, em defesa de um modelo familiar monogâmico.

Em Itália, o único caso respeitante ao reconhecimento de efeitos a casamentos poligâmicos disse respeito, precisamente, a um pedido de reagrupamento familiar de uma segunda mulher. A decisão de recusa desse pedido, por parte da Administração, foi suspensa pelo tribunal administrativo regional, devido a “*profilidigravità e irreparabilità sotto l'aspetto sociale, economico e familiare*”. A decisão final, porém, foi negativa para o particular, tendo o tribunal considerado ser o reagrupamento

inadmissível, por ser contrário à e aos bons costumes. Para tal, invocou que a convivência poligâmica em solo italiano era contrastante com o modelo familiar monogâmico e com o princípio constitucional da igualdade entre cônjuges. Em Itália, pois, contrariamente ao que se passou inicialmente com a jurisprudência francesa, considerou-se não ser possível conciliar o acolhimento de outras formas de família com as exigências de internacional.

Também a Comissão Europeia dos Direitos do Homem teve já oportunidade de se pronunciar sobre o direito ao reagrupamento de famílias poligâmicas. O primeiro caso, *Alilouch el Abasse vs. The Netherlands*, de 6 de Janeiro de 1992, disse respeito a um cidadão marroquino residente na Holanda com a segunda esposa, que requereu o reagrupamento de um filho, fruto do primeiro casamento. O segundo caso, *Bibi vs. The United Kingdom*, de 29 de Junho de 1992, disse respeito a um pedido de reagrupamento de uma esposa de um polígamo que já residia no território com outra esposa. Ambos os pedidos foram rejeitados nos Estados respetivos, devido à política de reagrupamento de famílias poligâmicas, que apenas o autorizava para uma esposa e respetivos filhos.

Os particulares recorreram para os órgãos de controlo da CEDH, alegando não só uma violação, por parte do Estado, do art. 8º, por ter havido uma ingerência ilegítima na vida familiar, como ainda do art. 14º. No que toca a este último, no primeiro caso, o recorrente alegava a existência de uma discriminação entre os filhos dos vários casamentos, já que nem todos podiam residir no território. No segundo caso, alegava-se uma discriminação fundada no sexo, já que se permitia ao homem escolher a mulher que se podia juntar a ele no país de acolhimento.⁴⁵

Por outro lado, os argumentos invocados pelos defensores da poligamia, no sentido de que esta seria mais favorável aos interesses da própria da mulher, acabam por demonstrar a profunda desigualdade enraizada no instituto. Senão vejamos: por um lado, refere-se que ela oferece a uma esposa mais velha a possibilidade de não ser repudiada a fim de se substituída por uma mulher mais jovem, sendo o repúdio social e humanamente mais grave do que viver ao quadro de uma união poligâmico.

Nesta ordem de ideias, a Espanha recorreu já à noção de “dignidade constitucional da mulher” para impedir a celebração de um matrimónio entre uma espanhola de marroquina já casada.

⁴⁵ *Idem*, 12-16.

A instituição do casamento põe verdadeiramente em causa uma concepção de homem e de sociedade democrática assentes no princípio da igualdade das pessoas. Trata-se de um instituto que assenta no tratamento injusto da mulher, e que faz dessa injustiça e desigualdade a base e pilar da organização familiar, justificando-as através do direito divino natural e dos diferentes papéis que este reservaria ao homem e à mulher.

Percebe-se que o problema do reconhecimento de efeitos a casamentos poligâmicos seja usado como o exemplo académico por excelência que ilustra a necessidade da existência de um mecanismo internacional. De fato, nele só se confrontar duas civilizações profundamente diferentes, como se levantam questões respeitantes ao direito da família, que encarna valores essenciais das ordens jurídicas e repousa muitas vezes em considerações morais e religiosas. Mas por outro lado, este problema ao dizer respeito a matéria de Estado das pessoas, situa-se num domínio em que mais do que nenhum outro se reclama por estabilidade e reconhecimento internacional.

Há que referir que, mesmo os países que compõem a comunidade de nações cristãs não partilham mas, também eles, as mesmas concepções básicas de direito da família, devido ao surgimento de novas formas de uniões reconhecidas por uns e negadas por outros. O tribunal estabeleceu claramente que o casamento poligâmico não era um “casamento” nem os cônjuges “marido” e “mulher” para os efeitos do *judicature act* de 1925.

Para seleccionar os efeitos que, em concreto, os casamentos poligâmicos podem produzir no país, a jurisprudência francesa tem vindo a defender que a intervenção da depende da perturbação ou impacto que estes possam implicar na ordem jurídica do foro, de encontro à ideia de que os princípios fundamentais se encontram na consciência social vigente. Tal perturbação tem sido averiguada com base no choque para a opinião pública que resulta do reconhecimento desses efeitos. Nesse sentido, referiu a *Cour de Cassation* que « *La définition de l'ordre public national dépend dans une large mesure de l'opinion qui prévaut à chaque moment en France.* »

Podemos encontrar um exemplo desta abordagem nas reticências da jurisprudência francesa em admitir o direito de várias esposas de um polígamo poderem beneficiar de prestações sociais. A *Cour de Cassation* decidiu que um muçulmano não podia reivindicar o benefício de pensão de doença para uma segunda mulher, por a

primeira mulher já ser beneficiária de uma pensão similar. Apenas uma mulher, aquela que o requeresse em primeiro lugar, teria, pois, esse direito. Na base destas reticências, estão não só considerações ligadas à saúde financeira do Estado, mas também preocupações com a reação por parte da opinião pública. De fato, a multiplicação de beneficiários da segurança social poderia chocar a mesma, sempre pronta a denunciar a existência de demasiados imigrantes, que estaria atenta a uma subida nos encargos financeiros do país.

Mais tarde, no ano de 1990, a *Cour de Cassation* veio reconhecer o direito de uma segunda esposa adquirir a qualidade de beneficiária da segurança social do marido, mesmo que anteriormente uma primeira mulher tivesse tido o mesmo benefício. Não obstante, esta decisão teve como fator determinante o regresso da primeira esposa ao país de origem. Assim, também não consagra a coexistência de dois direitos, não se demarcando da jurisprudência tímida já existente na matéria.

A jurisprudência francesa, no que toca a este aspeto, contrasta claramente com a abertura existente quando se trata de efeitos meramente civis ou familiares dos casamentos, que, por serem ignorados do grande público, deixam indiferente a opinião pública. Isto levou alguns autores a referir que, no domínio das prestações de segurança social, existe uma das raras aplicações da pelos tribunais. Não obstante, não podemos deixar de referir que se trata de uma já muito distante da defesa de valores essenciais do foro.

De fato, os Tribunais franceses sempre consideraram que o direito a alimentos nunca poderia violar a francesa, por ser, até pelo contrário, um direito humano, comum a todas as nações civilizadas. Outro efeito de casamentos poligâmicos reconhecido por visar a proteção das várias esposas foi o de indemnização por morte do marido. De acordo com critérios de justiça, esse direito deve ser reconhecido às várias coesposas, já que o dano é idêntico.

A jurisprudência belga teve ocasião de se pronunciar sobre esta questão, reconhecendo a existência de um direito de indemnização em relação a duas viúvas de um homem poligâmico vítima mortal de um acidente rodoviário. No que toca ao direito a suceder, inicialmente, a jurisprudência francesa começou por considerar contrária à sucessão de uma segunda mulher em concurso com a primeira, na herança do *de cujus* poligâmico.

Para tal, invocou « *son caractère choquant au regard des mœurs françaises et de la législation française, laquelle sur le plain successoral définit les droits du conjoint survivant, ce conjoint ne pouvant être qu'unique.* » Tal decisão foi criticada por não estar em causa nenhum efeito chocante, em si mesmo, já que o direito de suceder tem uma função alimentar e é um direito que pode ser regido pela vontade do *de cujus*, não sendo, por isso, sequer, de ordem pública interna. Mais tarde, a jurisprudência francesa reconheceu que a segunda esposa podia invocar, tanto como a primeira, os direitos sucessórios reconhecidos ao cônjuge sobrevivente. Nessa qualidade, ela teria direito à repartição da herança com as restantes esposas.⁴⁶

Apesar de todas as frisadas, não existem ainda nas doutrinas ou nas jurisprudências os casos de diplomatas poligâmicos acreditados e reconhecidos em outros ordenamentos jurídicos, mas não podemos descartar a possibilidade de isso vir a acontecer, pelas leis e costumes dos Estados nos quais a união poligâmica é reconhecida.

Suponhamos um agente diplomático com quatro esposas que o acompanham para o Estado acreditador. Quem determina se ambas são ou não familiares do agente diplomático e se as quatro esposas devem beneficiar das imunidades é o estatuto pessoal do agente diplomático.

Segundo Rezek, e com bastante propriedade, «*não há afronta ao ordenamento jurídico brasileiro se o embaixador de um país poligâmico compartilha seu leito com quatro embaixatrizes*».⁴⁷ Não concordo com Rezek, pois não produz os efeitos almejados, uma vez que a Constituição Federal, a lei maior do ordenamento jurídico nacional, atribui a união estável à natureza monogâmica, formada por um homem ou uma mulher e uma segunda pessoa (CF, artigo 226, § 3); no entanto, o embaixador de um país poligâmico que compartilhe o seu leito viola as regras constitucionais sobre a família, a dignidade da pessoa humana e as leis civis, assim como contraria a moral e os costumes da nação brasileira.

⁴⁶ Idem, 25-28.

⁴⁷ REZEK, José Francisco, op.cit., 2002a, p. 165.

Capítulo V. A PRÁTICA DE UMA ATIVIDADE PROFISSIONAL OU MERCANTIL POR FAMILIARES DO MEMBRO.

5.1 Introdução

O artigo 42.º da Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas proíbe o agente diplomático de exercer no Estado acreditador qualquer atividade profissional ou comercial em proveito próprio. O artigo 57.º da Convenção de Viena sobre Relações Consulares contém uma proibição semelhante.

Esta proibição é inderrogável e da sua violação podem resultar graves consequências para o agente. Na verdade, não deixa de ser incompatível com o exercício de funções de representação diplomática de um Estado o exercício, em proveito próprio, de atividade lucrativa no território do Estado acreditador. Para além disso, pode até ser perigosa a conjugação dessas duas atividades, visto que o agente diplomático sempre poderá ser tentado a usar em proveito próprio as prerrogativas que lhe são concedidas, pondo assim em risco as relações entre os Estados.

No caso de o agente diplomático, em violação do disposto no artigo 42, exercer atividade lucrativa por conta própria, o Estado acreditador poderá retirar-lhe a imunidade de jurisdição relativamente às questões conexas com as referidas atividades - cfr. Artigo 30 para além de poder adotar uma posição mais severa em relação ao infrator.

5.2. Violação dos deveres: suas consequências.

A violação dos deveres acima referidos pelo agente diplomático, para além de poder provocar graves embaraços ou até conflitos sérios entre os Estados, acarreta para ele as seguintes consequências, que acabam por ser verdadeiras sanções internacionais:

- a) Perda da imunidade jurisdicional relativamente a atos que tenha praticado fora das suas funções, no exercício de atividade profissional ou comercial por conta própria;
- b) Pedido de retirada do agente diplomático do território do Estado acreditador, feito por este ao Estado de origem do agente, com a marcação de um prazo para o efeito;
- c) Declaração do agente como *persona non grata*, caso em que o Estado acreditante deverá fazer cessar as funções do agente diplomático e retirá-lo do território do Estado acreditador-cfr. artigo 9.

Neste último caso, que se traduz na sanção internacional de maior gravidade, o

Estado acreditador, por isso mesmo, deverá reunir provas concretas e irrefutáveis, antes de decidir, devendo, portanto, ser muito cauteloso, por forma a evitar melindres e conflitos. Isto, apesar de não ser obrigado a justificar a sua decisão. Faz-se notar finalmente que, nos termos do artigo 9, só podem ser declaradas *persona non grata* o chefe da missão e os membros desta com a qualidade de diplomatas – cfr. Artigo 9 número 1 da convenção.⁴⁸

No entanto, a proibição acima referida não é extensível aos membros da família dos agentes diplomático-consulares, o que significa que, muito embora não exista uma proibição expressa que o impeça de exercer uma atividade profissional, também não existe um verdadeiro direito a trabalhar.

Os familiares dependentes do pessoal diplomático, consular, administrativo e técnico das missões diplomáticas e consulares do Chile em Portugal e de Portugal no Chile ficam autorizados a exercer atividades remuneradas no Estado acreditador, nas mesmas condições que os nacionais do dito Estado, uma vez obtida a autorização correspondente, em conformidade com o disposto no presente acordo. Este benefício estender-se-á igualmente aos familiares dependentes de nacionais Chilenos ou nacionais Portugueses acreditados perante organizações internacionais com sede em qualquer dos dois países.

Para os fins pretendidos neste acordo, entende-se por familiares dependentes:

- a) Cônjuge;
- b) Filhos solteiros e a cargo, menores de 21 anos ou menores de 25 anos, estudantes a tempo inteiro nalguma instituição de educação pós-secundária; e
- c) Filhos solteiros dependentes com alguma incapacidade física ou mental.

Não haverá restrição sobre a natureza ou classe de emprego que possa desempenhar; entende-se, no entanto, que nas profissões ou atividades que requeiram qualificações especiais - será necessário que o familiar dependente cumpra as normas que regulam o exercício de tais profissões ou atividades no Estado acreditador. Além disso, a autorização poderá ser negada nos casos em que, por razões de segurança, possam empregar-se somente nacionais do Estado acreditador. Tendo em conta que o

⁴⁸BRITO, Wladimir. Direito Diplomático. IDI – Ministério dos Negócios Estrangeiros. 2007, págs. 102-103.

pedido de autorização para o exercício de uma atividade remunerada realizar-se-á pela respectiva missão diplomática, mediante nota verbal, perante a direção de cerimonial e protocolo do Ministério dos Negócios Estrangeiros.

Este pedido deverá indicar a relação familiar do interessado com o funcionário do qual é dependente que deseja realizar. Uma vez comprovado que a pessoa para a qual é solicitada autorização se encontra dentro das categorias definidas no presente acordo, o Ministério dos Negócios Estrangeiros do Estado acreditador informará de imediato e oficialmente a embaixada do Estado acreditante de que o familiar dependente foi autorizado a trabalhar, sujeito à regulamentação pertinente do Estado acreditador.

Tendo em conta que o familiar dependente que realize atividade remunerada ao abrigo do presente acordo não gozará de imunidade de jurisdição cível nem administrativa perante ações contra ele interpostas, relativamente a atos ou contratos relacionados diretamente com o desempenho de tais atividades. No caso em que um familiar dependente goze de imunidade perante a jurisdição criminal em conformidade com a Convenção de Viena sobre Relações Consulares ou qualquer outro instrumento internacional sobre a matéria e seja acusado de um delito cometido em relação ao seu trabalho, o Estado acreditante estudará seriamente toda a petição escrita apresentada pelo Estado acreditador, solicitando a renúncia à referida imunidade.

Tendo em vista que um familiar dependente, que desenvolva atividade remunerada no Estado acreditador, estará sujeito à legislação aplicável em matéria tributária e de segurança social, no que se refere ao exercício das referidas atividades. Este acordo não implica o reconhecimento de títulos ou estudos entre os dois países. A autorização para o exercício de uma atividade remunerada no Estado acreditador expirará na data em que o agente diplomático ou consular, empregado administrativo ou técnico do qual emana a dependência termine as suas funções perante o governo ou organização internacional em que se encontre acreditado.

Tendo em conta que o presente acordo terá vigência indefinida, a menos que uma das partes manifeste à outra, pela via diplomática, a sua decisão de a ele renunciar. Neste caso, a renúncia tornar-se-á efetiva seis meses depois da data de receção da

respetiva notificação.⁴⁹

A pessoa do agente diplomático e a sua família, com que viva sob o mesmo teto, são invioláveis; em território do Estado acreditador, a sua segurança deve ser total. Esta regra é tradicional, mas, face às violações repetidas de que tem sido objeto na época contemporânea, a Convenção de Viena 1961 teve de reformá-la, de forma enérgica. O Estado acreditador não pode submeter o agente diplomático e a família com que viva a nenhuma forma de encarceramento ou de detenção, devendo-o tratar com o respeito que lhe é devido e tomar as medidas apropriadas para impedir toda a ofensa à sua pessoa e à sua família, à sua liberdade e à sua dignidade, conforme o artigo 29 da Convenção de Viena de 1961.

5.3. Inviolabilidade da imunidade do agente diplomático e sua família.

Trata-se aqui de uma regra fundamental, impondo ao Estado acreditador não somente o dever de não pôr em causa os locais da missão e os bens que aí se encontrem, mas também de tomar todas as disposições necessárias para os proteger e precaver das ofensas que poderiam ser produzidas por elementos incontrolados.⁵⁰

Tem-se sustentado que a imunidade de jurisdição penal do diplomata e sua família não se aplica quando houver flagrante em caso de tráfico de entorpecentes ou de infrações aduaneiras. De um modo mais amplo, tem sido sustentado que a imunidade penal cessa em caso de flagrante delito que não esteja ligado ao exercício de suas funções.

É, contudo, claro que a inviolabilidade pessoal do agente diplomático e sua família não pode ser tomada em sentido absoluto, pois, quando pratica atos de gravidade contra a ordem pública ou contra a segurança do Estado onde se acha acreditado, pode este exigir a sua retirada e, até mesmo, fazer cercar a sua residência, podendo, inclusive, expulsá-lo, se não for ele retirado pelo seu governo ou não se retirar de forma espontânea. Porém, não poderá o Estado prendê-lo.

⁴⁹ Decreto n.º 22/97, acordo, por troca de notas, entre a Republica Portuguesa e a Republica do Chile para que os familiares dependentes dos funcionários diplomáticos, consulares, administrativos e técnicos das missões diplomáticas e consulares portuguesas e chilenas possam desenvolver trabalhos remunerados no regime de reciprocidade, concluído em 21 de Junho de 1995, em Lisboa. Disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/dec22-1997.pdf>, acesso em 16 de Maio de 2016.

⁵⁰ DINH, Nguyen Ouoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução: Vítor Marques Coelho, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp. 764 e 665.

Ainda, em decorrência da inviolabilidade da missão, que “*os agentes do Estado acreditador não poderão nele penetrar sem o consentimento do Chefe da missão*”, segundo o que se lê no artigo 22 da Convenção de Viena. Chamo a atenção quanto a imunidade penal do pessoal da missão diplomática. O artigo 31, § 1º, da Convenção de Viena de 1961, determina que o agente diplomático gozará de imunidade de jurisdição penal do Estado acreditador. Tal imunidade, como referido, abrange, inclusive, os membros das suas respectivas famílias, nos termos do artigo 37, § 1º, da convenção referenciada.⁵¹

Por exemplo: o caso em que a inviolabilidade poderá ser invocada na residência do agente diplomático, sendo que a Convenção de Viena, no artigo 30, refere que a residência particular do agente diplomático e sua família goza da mesma inviolabilidade e proteção que os locais da missão, sendo que, por isso, não poderá ser usada de forma incompatível para abarcar os outros atos ilícitos que não se coadunem com as normas internacionais e as leis e regulamentos do Estado acreditador.

Tendo em conta o caso em que a residência particular do agente diplomático e sua família é utilizada para fins ilícitos, em que o delegado Wislei Salomão, da 10ª Delegacia de Polícia Civil do Distrito Federal, investiga a denúncia da nigeriana Nkiruka Paciota Ownegbuna, de 32 anos, que disse ter sido agredida e violada dentro da casa do embaixador da Nigéria no Brasil. As autoridades policiais do Distrito Federal ouviram o depoimento de um funcionário da embaixada da Nigéria acusado de lesão corporal e investigado por violação. Os crimes teriam acontecido dentro da residência oficial da embaixada.

Conforme o delegado em exercício no 10º Distrito Policial, Wislei Salomão, a mulher de 32 anos apresentou-se na delegacia com visíveis marcas de agressão. Ambos são nigerianos e moram no Brasil há dois anos. Em depoimento, a vítima informou que, depois de se mudar, um dos funcionários do local declarou estar apaixonado por ela.

Ainda baseado nos depoimentos da mulher agredida, o delegado disse que o embaixador da Nigéria no Brasil declarou não poder fazer nada quanto ao caso e sugeriu

⁵¹ROMANO, Rogério Tadeu. Imunidade Diplomáticas. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/38975/imunidades-diplomaticas>, publicado em 5/2015, acesso em 27 de Maio de 2016.

que ela deixasse a residência oficial. Após essa conversa, o autor da alegada violação soube da delação e agrediu-a fisicamente. Até ao momento, a embaixada da Nigéria não se pronunciou sobre este caso.

Após o depoimento da mulher, uma equipada Polícia Civil foi à embaixada, mas, por meio de um funcionário, o embaixador afirmou que não iria pronunciar-se sobre o caso, visto que, *“como se trata de uma residência oficial, a polícia só pode entrar com a autorização do embaixador.”*

O Itamaraty informou, por meio da sua assessoria de imprensa, que não vai interferir no caso, uma vez que o suspeito não possui imunidade diplomática. Ele responderá de acordo com as leis brasileiras. Se for condenado, a pena de lesão corporal varia de 3 meses a 1 ano e a pena de violação de 6 a 10 anos.⁵²

As disposições do número 1 não contêm qualquer condição relacionada com casos de emergência, como, por exemplo, a situação em que as instalações representem um perigo eminente para a área circundante em razão da deflagração de um incêndio ou da sua utilização como local de onde se efetuam disparos, ou com medidas defensivas no caso de as instalações serem utilizadas pelo próprio pessoal para fins ilícitos. Trata-se de uma questão curiosa a de saber se em sede de princípios gerais, caso fossem tomadas medidas de reparação pelo Estado acreditador, se poderia sustentar uma defesa por necessidade ou força maior. A prova das complicações práticas e ameaças à paz causadas pela localização das embaixadas estrangeiras, pelo abandono das embaixadas ou pela utilização das embaixadas para atividades ilegais, instigou a adoção, na legislação do Reino Unido, de vários poderes do controlo (no Diplomatic and Consular Premises Act 1987). Decorre do artigo 22 que as notificações não podem ser entregues, nem mesmo por correio, nas instalações de uma missão, mas apenas através do Ministério dos Negócios Estrangeiros local. O número 2 deste artigo cria um padrão especial de cuidado, independentemente da obrigação normal de demonstrar a diligência devida em proteger os estrangeiros que se encontram no Estado.

Quanto à questão da jurisdição dos tribunais nacionais acerca das ações judiciais interpostas contra o Estado acreditante respeitantes às instalações da embaixada e às

⁵² Funcionário da embaixada da Nigéria é acusado de estupro. Disponível em: www.veja.abril.com.br/brasil/funcionario-da-embaixada-da-nigeria-e-acusado-de-estupro, acesso em 16 de Maio de 2016.

contas bancárias das missões diplomáticas.⁵³

Por outro o pessoal técnico e administrativo da missão (assim como os familiares que com ele vivem) goza também de inviolabilidade pessoal e de residência, de imunidade de jurisdição civil relativamente aos atos praticados no exercício das suas funções, de isenção fiscal tão praticados no exercício das suas funções, isenção fiscal tão ampla como a dos agentes diplomáticos, de isenção de contribuição para a previdência social.

Por sua vez, o pessoal de serviço goza apenas de imunidade relativamente aos atos praticados no exercício das suas funções, pelo que ficam excluídos os seus familiares.

Os empregados domésticos de um membro da missão estão isentos de impostos sobre os salários.

O processamento das relações consulares é independente da existência ou continuação das relações diplomáticas, podendo as primeiras subsistir mesmo quando se verifica a rutura das referidas em segundo lugar. Na prática nota-se, todavia, que o consentimento para o estabelecimento das missões diplomáticas leva implícito o consentimento para se iniciarem as relações consulares. Nota-se todavia, que determinada pessoa só começará a exercer funções como cônsul no Estado de acreditador após ter obtido o exequátur do governo deste Estado.

Os cônsules gozam de inviolabilidade pessoal, podendo, contudo, ser preso por prática de crime grave. Gozam ainda de imunidade de jurisdição mas só em relação aos atos praticados no exercício das funções oficiais. Têm ainda isenção fiscal comparável à reconhecida aos diplomatas.

Os locais consulares são invioláveis, assim como os arquivos e correspondência oficial com o seu governo. Porém, a mala consular deve ser aberta o pedido das autoridades do Estado acreditador, desde que existam fortes suspeitas de que contém objetos não oficiais.

Os membros da família dos componentes da repartição consular não estão incluídos automaticamente na classe das pessoas imunes à jurisdição do Estado

⁵³BROWNIE, Ian. *Princípios de Direito Internacional Público*. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p. 375.

acreditador. A razão parece estar em que as imunidades consulares, menos abrangentes que as diplomatas, se baseiam no resguardo da função e só alcançam as pessoas se o exercício da jurisdição estatal.

Registe-se que o tratamento é dado ao Estado e não à pessoa. Logo, só o Estado acreditante pode renunciar à imunidade de jurisdição de que gozam seus agentes diplomáticos e consulares, se for seu interesse e conveniência. A renúncia há de ser expressa. Assim, o não atendendo a eventual chamado judicial não caracteriza, por si só, renúncia à imunidade.

Nota-se que imunidade de jurisdição não significa à lei, devendo qualificar-se como atos delituosos todos os atos que receberiam qualificação no caso de, em vez de ser o agente diplomático a praticá-los, ser outra pessoa.⁵⁴

Para Gislene Pinheiro, citando Heleno Cláudio Fragoso, *“As imunidades diplomáticas são causas pessoais de exclusão da pena. O agente diplomático que retornar ao país onde cumpriu sua missão não poderá ser processado”*.⁵⁵

Para Martins (2001), se um agente comete um crime ou delito, não se pode afirmar que ele não incorre em qualquer responsabilidade. Se ele contraiu obrigações civis, deve cumpri-las. A imunidade de que goza situa-se no plano processual e não tem que ver com os fundamentos do direito.

Este retoma a plenitude quando cessa o obstáculo processual. Claro que, enquanto o juiz não se pronunciar sobre o fundo do direito e enquanto as circunstâncias que rodeiam o caso não forem esclarecidas, permanecem dúvidas. Contudo, não fica excluída a possibilidade de sanções aplicadas pelo Estado acreditante ou pelo Estado acreditador, nem se exclui a possibilidade de indemnização ou de conciliação amigável com as vítimas ou os credores.

Os diplomatas não estão isentos de vistos, assim como a sua família de entrada e saída, salvo acordo em contrário; se houver recusa definitiva de visto de entrada a um

⁵⁴SOARES, Albino de Azevedo. Lições de Direito Internacional Público. 3 Edição Atualizada: Coimbra Editora, Limitada, 1986, pp. 366-368.

⁵⁵PINHEIRO, Gislene. Imunidade de Jurisdição Penal dos agentes Diplomáticos. Brasília: 2006. Dissertação de Mestrado. Disponível em <<https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/363>>, pág. p, 30, acesso em 10 de Novembro de 2016.

diplomata acreditado, trata-se de uma medida de expulsão, de legalidade duvidosa, a menos que a pessoa tenha sido declarada *persona non grata*.⁵⁶⁵⁷

O instituto de Direito Internacional chegou, em 1895, a enunciar de forma clara os princípios que devem governar os limites da inviolabilidade.

Assim, a inviolabilidade não poderia ser invocada:

- Em caso de legítima defesa por parte dos particulares contra atos cometidos pelas pessoas que gozam dos privilégios;
- Em caso de riscos corridos por uma das pessoas que gozam do privilégio, voluntariamente ou sem necessidade (se o diplomata participar em tumultos, motins ou perturbações, não pode esperar uma proteção da sua pessoa);
- Em caso de atos cometidos repreensíveis e que provoquem, por parte do Estado acreditador, medidas de defesa ou de precaução; mas, fora de casos extremos, o Estado deve assinalar esses factos ao Estado acreditante, pedindo a punição ou a chamada do agente culpado e impedindo as suas comunicações ou manifestações ilícitas.

Assim, a exceção consiste na detenção breve, em caso de flagrante delito, sendo na prática contemporânea frequentes os casos de detenção temporária, seguidos de expulsão ou de declaração de *persona non grata*, em delitos de espionagem, delitos de porte de arma, de furto, ou de condução em estado de embriaguez (neste caso, é aconselhável fazer parar o veículo e conduzir o diplomata à sua casa ou à esquadra, até estar sóbrio, para não pôr em risco terceiros).

Se o governo do Estado acreditante reclamar que o direito internacional seja respeitado na pessoa do seu diplomata (inviolabilidade, proteção especial, privilégios e imunidades), não é necessário, em caso de reclamação internacional, seja diplomática

⁵⁶MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. Direito diplomático e consular: Universidade Lusíada, ed, Lisboa, 2011, pp. 72-74.

⁵⁷Vide, contra, Bevilagua, ob.cit., Direito Público Internacional, Tomo 1, ed. Francisco Alves. Rio de Janeiro, 1910, p.433, que o crime do agente diplomático no estrangeiro é um atentado contra a nação, onde reside, ou contra o governo, junto ao qual serve, ou contra a fazenda pública; certamente, deve ser colocado em posição de não continuar o seu procedimento criminoso e ser remetido ao governo do seu país, para que seja processado e punido. Tendo em conta que o Estado a que pertence o agente diplomata não cumpre o dever, que lhe impõe o direito internacional, o outro Estado assumira a responsabilidade do crime cometido e a questão será dirimida entre as duas nações.

ou judiciária, o esgotamento das vias de recurso internas.⁵⁸

Hildebrando Accioly esclarece, ainda, que, *“por cortesia dos Estados que recebem, são geralmente dispensados do pagamento de direitos aduaneiros, sobre os objetos destinados ao uso oficial das respectivas missões ou uso pessoal dos próprios agentes ou das respectivas famílias”*.

Em matéria penal, civil e tributária, os privilégios dos agentes dessas categorias estendem-se aos membros da sua família, desde que vivam sob sua dependência e tenham, por isso, sido incluídos na lista diplomática. São os que incidem diretamente sobre o contribuinte e deste passam diretamente à repartição arrecadadora.

O artigo 26 da CVRD acrescenta que o Estado acreditador lhe deve assegurar a liberdade de deslocação e de circulação no seu território. Não pode limitar esta liberdade senão por razões de segurança nacional e em conformidade com as suas leis e regulamentos. O Estado acreditador não pode penetrar na residência particular do agente diplomático, que também é da sua família e goza da mesma inviolabilidade e proteção que os locais da missão. Os seus documentos, a sua correspondência e, sob reserva do disposto no parágrafo 3 do artigo 31, os seus bens gozarão igualmente de inviolabilidade.⁵⁹

5.4. Da proteção do Estado acreditante.

A proteção divida ao Estado acreditante pelo Estado acreditador, decorre do seu estatuto de inviolabilidade. Essa proteção deve revestir os aspetos tanto material, como jurídico.

No primeiro caso, o Estado acreditador deve envidar todos os esforços para assegurar, com carácter de eficácia, a inviolabilidade dos locais da missão, dos seus bens e arquivos, e da sua correspondência, mediante vigilância preventiva e seu esforço, se tal for necessário, a assunção de medidas de atuação pertinentes em caso de violação, ou de responsabilidade, por incúria. Esta proteção estende-se à residência do agente diplomático (art. 30 alínea 1 da Convenção).

Ao longo dos tempos e em vários pontos do planeta, muitas embaixadas têm sido alvo de ataques obrigando os Estados acreditador a desencadear medidas

⁵⁸MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira, op. cit., pp. 70-71.

⁵⁹ACCIOLY, Hildebrando (1995). Manual de Direito Internacional Público, Editora Hemus.

excepcionais de proteção e prestarem todo auxílio, para minorarem os efeitos daqueles e reporem a normalidade, recordemo-nos exemplo, da intervenção dos GOE (Grupo de Operação Especiais) na embaixada da Turquia em Lisboa, quando um grupo de terroristas curdos assaltou, na década de setenta, a residência do embaixador, de que resultou na sua morte.

É evidente que a proteção jurídica é corolário da proteção material, consistindo em punir todo o individuo que produziu uma ofensa, um dano ou uma violação contra a missão diplomática, os seus agentes, os seus bens e arquivos e a sua correspondência. Por outro lado, a proteção jurídica complementa a proteção material, já que se esta falhar por qualquer motivo, aquela pode atingir o seu objetivo, agindo, simultaneamente como ato de punição e de prevenção para eventuais futuros acontecimentos similares.

O dever de proteção das autoridades locais ao agente diplomático implica que esta não poderá ser objeto de qualquer ato de violência, física ou moral, em razão do seu duplo estatuto de estrangeiro e de diplomata. No entanto, ao contrário da proteção aos locais da missão, a proteção da pessoa do diplomata revela-se bem mais difícil, estando sujeito a critérios de razoabilidade. Por outro lado, tal proteção só vigora da data de notificação da sua chegada e da sua aceitação pelo Estado acreditador e mesmo assim, dentro dos limites estabelecidos em função do comportamento pessoal do agente diplomático. Uma agressão que este resolva fazer contra um particular iliba o Estado acreditador perante idêntica resposta, como ato de legítima defesa, acontecendo o mesmo se o diplomata, ao resolver envolver-se numa manifestação, é atacado por contra manifestantes.⁶⁰

Tendo em conta a proteção dada pelo Estados Unidos aos diplomatas acreditados em 1972 foi adotado um estatuto no Congresso ao qual o assédio, a intimidação, a obstrução, a coerção e os atos de violência cometidos contra funcionários estrangeiros ou seus familiares nos Estados Unidos afetam as suas relações externas. Em 1978, o supremo tribunal de Chipre reduziu a três anos as sentenças impostas aos condenados por acusações decorrentes de uma manifestação violenta e ataque à embaixada dos Estados Unidos em Nicósia, o que levou o embaixador e outro membro da missão a ser morto por tiros o governo dos Estados Unidos manifestou-se publicamente desagrado do acontecimento ocorrido de seu embaixador. Alguns meses depois, foi anunciado que

⁶⁰MONGIARDIM, Maria Regina. Diplomacia (Coimbra): Almedina 2007, pp.199-200.

o procurador-geral do Chipre havia instruído a polícia para reabrir a investigação. No Reino Unido, pelo contrário, como na maioria dos outros Estados, não houve ofensa especial ou pena especial. Embora a seção 4 do ato 1708 de privilégios diplomáticos tenha cometido uma ofensa para emitir um processo judicial contra um embaixador em qualquer membro do seu pessoal, a disposição foi promulgada para apaziguar o Czar da Rússia por violação da inviolabilidade de seu embaixador e não há registro de que os procedimentos em questão tinham sido trazidos.⁶¹

A função de proteção dos interesses do Estado acreditante e dos seus nacionais no Estado acreditador encontra-se prevista pela alínea b) do artigo 3 número 1, da Convenção sobre as Relações Diplomáticas, explicitando – se aí que o seu exercício se tem de fazer “ dentro dos limites estabelecidos pelo direito internacional”. Na verdade, este aditamento não tem grande utilidade, na medida em que qualquer das funções da missão diplomática permanente não apenas a de proteção tem que ser exercida dentro dos limites fixados pela ordem jurídica internacional, mas nos trabalhos preparatórios da Convenção alguns Estados insistiram em deixar claro a necessidade de limites ao exercício da proteção diplomática, daí que se tenha decidido, após muito debate, sublinhar esse contexto relativamente a este função em particular.

A proteção dos interesses do Estado acreditante e dos seus nacionais aqui englobando quer os indivíduos, quer as pessoas coletivas perante atuações ilícitas que os afetem, ocorridas no Estado acreditador, é vista, no âmbito jusinternacional, como um poder discricionário do Estado acreditante, que decide em cada caso, se se justifica e é oportuno intervir, e em que termos, em defesa dos seus interesses, ou em defesa dos interesses, ou em defesa dos interesses dos nacionais, quando essa intervenção lhe seja por estes solicitada ao contrário que que sucede na proteção consular, em que, como vamos ver, existe um dever de assistência do Estado acreditante aos seus nacionais, com o correspondente direito subjetivo deste à proteção consular.

A proteção diplomática (dos interesses dos nacionais do Estado acreditante) é um instituto do direito internacional cuja codificação está a ser tentada no âmbito das Nações Unidas, mas que mantêm a sua base costumeira, tendo as regras que a integram designadamente, a necessidade de exaustão dos recursos internos que ser observadas

⁶¹ DENZA, Eileen. *Diplomatic Law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*: Second Edition (Clarendon Press- Oxford 1998, pp.215-216.

pelo Estado acreditante ao exercício desta função.

A função de proteção da missão diplomática permanente pode ser estendida aos interesses de Estado não representados no Estado acreditador e dos nacionais desses Estados, nos termos previstos pelo artigo 46 da Convenção, quando o Estado acreditador previamente nisso tenha consentido.

Pode ainda o Estado acreditante assumir a proteção dos interesses de um Estado que tenha rompido relações diplomáticas ou tenha retirado a sua missão permanente do Estado acreditador, bem como dos interesses dos nacionais daquele Estado artigo 45, alínea b); a proteção poderá ser confinada à guarda dos locais da missão e de seus bens e arquivos do Estado que se retira (alínea c) do mesmo artigo. Em qualquer dos casos a extensão subjetiva do âmbito de proteção a cargo do Estado acreditante terá de ser aceite pelo Estado acreditador, embora o seu acordo possa ser solicitado apenas após a assunção da proteção (o artigo 45 limita-se a referir que a proteção pode ser cometida “a um terceiro Estado aceite pelo Estado acreditador”).

Situação aproximável à tratada na secção anterior é a que resultou da criação da designada cidadania europeia pelo Tratado de Maastricht, em 1992; atualmente, o § 1 do artigo 23 do Tratado sobre funcionamento da União Europeia dispõe que “qualquer cidadão da União beneficia, no território de países terceiros em que o Estado membro de que é nacional não se encontre representado, de proteção por parte das autoridades diplomáticas e consulares de qualquer Estado membro, nas mesmas condições que os nacionais desse Estado. Os Estados membros tomam as disposições necessárias e encetam as negociações internacionais requeridas para garantir essa proteção”. Esta proteção foi operacionalizada por decisão dos representantes dos governos dos Estados membros, reunidos no conselho de 19 de Dezembro de 1995.

Naturalmente, esta partilha da proteção diplomática e consular pelos Estados membros da União Europeia determinada pelos tratados europeus não pode ser imposta a terceiros Estados, só podendo efetivar-se com o assentimento dos Estados acreditados.⁶²

A importância dos princípios jurídicos incorporados na Convenção de Viena foi salientada pelo Tribunal Internacional de Justiça no caso respeitante ao pessoal

⁶²VALLE, Jaime. Direito Diplomático e Consular 1. A.A.F.D.L Editora: Lisboa /2017, pp.34-35.

diplomático e consular dos Estados Unidos em Teerão (Despacho de 15 de Dezembro de 1979 e acórdão de 24 de Maio de 1980). No acórdão sobre o mérito da causa, o Tribunal observou que “ as obrigações do governo iraniano aqui em questão não são meramente contratuais, mas também obrigações ao abrigo do direito internacional geral”. Naquele caso, o governo do Irão foi considerado responsável por não ter sido capaz de impedir e mais tarde por ter aprovado as ações de militares que invadiram a missão dos Estados Unidos em Teerão e que tomaram o pessoal diplomático e consular como “ refém”⁶³

O artigo 29 da Convenção de Viena dispõe que os diplomatas não podem ser objeto de qualquer forma de detenção, prevendo igualmente a obrigação de tomar medidas adequadas para a sua proteção face a qualquer atentado. Registando-se muitas vezes atentados terroristas a diplomatas, embora na maioria parte dos casos os Estados acreditadores se desempenhem da melhor maneira para os proteger em tais circunstâncias.

A aprovação concedida pelo Irão aos militantes que capturaram diplomatas norte americanos no seu território em Novembro de 1979 foi corretamente descrita pelo Tribunal Internacional de Justiça como único e unanimemente condenada pelo Tribunal e pelo Conselho de Segurança.

O Irão tentou desculpar o seu comportamento afirmando que os Estados Unidos e seus diplomatas haviam agido de forma ilegal para com o Irão (intervindo nos seus assuntos internos, nomeadamente), mas o Tribunal sustentou que estas acusações, mesmo tendo sido provadas, não justificavam a violação iraniana da imunidade diplomática; a obrigação de respeitar as normas da imunidade diplomática é absoluta, devendo ser obedecida em todas as circunstâncias.⁶⁴

5.5. Execução da proteção diplomática.

Está submetida a duas condições: a nacionalidade (§ 1º) e o esgotamento dos recursos locais (§ 2); comporta, por outro lado, por vezes, uma certa participação dos particulares no processo (§ 3). Distingue-se das simples negociações particulares, que não se colocam rigorosamente no plano de direito (Convenção sobre os diferendos relativos aos investimentos 1965, art.27,2).

⁶³ BROWNLIE, Ian. Princípios de Direito Internacional Público. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997, p.368.

⁶⁴ AKEHURST, Michael. Introdução ao Direito Internacional. Almedina Coimbra, 1985, pp.145-146.

A maioria parte dos Estados, nomeadamente os Estados Unidos, não apresentam reclamações diplomáticas respeitantes a particulares que não tenham tido uma conduta correta (clean hands) em relação ao Estado incriminado. O alcance desta prática é controverso. Como se viu, a falta da vítima faz, por vezes, desaparecer toda a responsabilidade ou diminui o seu alcance; por outro lado, um fato ou uma situação, que foram o instrumento dum delito, não podem ser opostos ao Estado incriminado (dissimulação ou fraude na nacionalidade). Mas discute-se o ponto de saber se, dum modo geral, as clean hands são uma «condição» da execução da proteção diplomática.

§ 1º Nacionalidade

a) Condição da proteção diplomática

«Na ausência de acordos particulares, só o laço da nacionalidade dá ao Estado o direito de proteção diplomática»

Este é o princípio; as suas extensões convencionais resultam dos tratados de protetorado, do regime do mandato ou tutela, da proteção funcional exercida pelas organizações a favor dos seus agentes.

Para apreciar pelo seu justo valor o papel desempenhado pela nacionalidade, é preciso ter em conta as seguintes observações:

- 1) A nacionalidade desempenha um papel mais amplo do que como condição da proteção diplomática. Comanda o estatuto das pessoas e as regras de conflito de leis; aparece como condição para aplicação de numerosas regras convencionais (nomeadamente tratados de estabelecimento); está em estreita relações com várias regras de direito de guerra.

O regime da nacionalidade pode apresentar e apresenta grandes diferenças entre estes domínios.

- 2) A nacionalidade é uma condição da proteção diplomática dos indivíduos, das coletividades públicas e privadas e de certas entidades (navios e aeronaves).
- 3) A nacionalidade, como condição da proteção diplomática, depende ao mesmo tempo de regras de direito nacional e de regras de direito internacional. A partida, a nacionalidade depende puramente do direito

nacional, mas a jurisprudência foi progressivamente obrigada a introduzir elementos próprios do direito internacional.

- 4) O regime internacional da nacionalidade é ainda muito empírico; os tribunais são colocados perante o fato da soberania estatal; procuram impedir que uma escolha do Estado protetor fique aberta a interesses privados, mas tem-se dado pouco relevo à ideia de que todo o particular deve beneficiar da proteção diplomática. Convencionalmente aparece uma tendência para fazer da nacionalidade um direito do homem (art. 15, Declaração Universal dos Direitos do Homem) ou autorizar um Estado a intervir a favor duma pessoa que se encontre sob a sua jurisdição, seja qual for a sua nacionalidade (Convenção Europeia dos Direitos do Homem). No plano internacional, a proteção diplomática é um direito do Estado; nem no seu desencadear nem nas suas condições aparece como um direito individual.

b) Atribuição e oponibilidade da nacionalidade

1) A nacionalidade deve ser atribuída segundo as regras dum direito nacional; um Estado não pode intervir a favor duma pessoa que não tenha a sua nacionalidade segundo as regras do seu direito interno.

2) É preciso ainda essa nacionalidade seja oponível ao Estado contra o qual se dirige a reclamação.

3) Esta oponibilidade existe quando o Estado demandado reconheceu essa nacionalidade; ela existe igualmente quando a nacionalidade é efetiva, mas presume-se que toda a nacionalidade concedida segundo um direito nacional é efetiva.

4) No caso de dupla nacionalidade ou de mudança de nacionalidade, deve fornecer-se a prova da efetividade e esta determina a possibilidade da proteção diplomática.

§ 2. Esgotamento dos recursos locais

- a) Na sua forma geral, a regra pode enunciar-se assim: a proteção diplomática não pode ser exercida a favor dum particular contra

um Estado enquanto o particular não tiver esgotado todos os recursos oferecidos pelo direito desse Estado.

- b) Tem – se pedido discutir as suas justificações históricas (evolução das cartas de represálias) ou teóricas (desdobramento funcional dos tribunais nacionais statuindo na qualidade de tribunais internacionais; necessidade duma participação judicial para que apareça um delito internacional relativa aos direitos dos estrangeiros).

A jurisprudência internacional segue uma linha bastante empírica. A sua primeira preocupação é afastar do pretório internacional instâncias que poderiam e deveriam encontrar o seu resultado noutra local; assim, salvaguarda essencialmente a soberania dos Estados. A ideia segundo a qual há uma repartição racional de competência entre as jurisdições nacionais e internacionais impor-se-ia igualmente, mas começa apenas a afirmar-se no plano técnico.

Quanto às vítimas do delito a regra não pode aplicar-se aos danos sofridos diretamente pelo Estado (destruição dum navio de guerra, ataque a um agente do Estado enquanto nessa qualidade).

Pode acontecer que na mesma reclamação diplomática o Estado faça valer danos próprios e danos sofridos pelos seus nacionais; se a questão é levada perante um Tribunal de Justiça, este deverá fazer prevalecer a unidade da instância ou separar os dois pedidos?

Tem-se sustentado que para se aplicar ao dano sofrido por um particular era preciso que este tivesse estabelecido um certo laço entre ele e o Estado; um tal laço será a maior parte das vezes a permanência no território; poderia ser um contrato submetido ao direito desse Estado ou um delito dirigido contra esse Estado.

§ 3. Participação dos particulares no processo

O funcionamento prático das instituições e a aplicação das regras recebidas afastam-se sensivelmente da regra segundo a qual a responsabilidade

internacional é puramente interestatal. Logo que a proteção diplomática funciona, os interesses privados ficam subjacentes a todo o processo. O princípio geral subsiste, sem dúvida: o Estado lesado é o autor da reclamação, assim como é o recebedor da indemnização, se esta for concedida. No entanto, é preciso assinalar uma dupla evolução relativa.⁶⁵

5.6. Privilégios fiscais e aduaneiros outorgados aos membros da família.

As imunidades fiscais estão hoje, quanto aos princípios, contempladas no artigo 34 da CVRD, não sendo de excluir a aplicação do direito consuetudinário. Normalmente, os Estados descrevem nos seus direitos internos e as isenções fiscais de forma precisa, não podendo contudo violar o disposto na CVRD, que, desde logo, determina que salvas as exceções previstas, o agente diplomático goza de todos os impostos e taxas pessoais ou reais, nacionais, regionais ou municipais.

A isenção é concedida ao agente diplomático, salvo se tiver a nacionalidade do Estado acreditador, conforme o artigo 38 da CVRD, ou dupla nacionalidade.

Tendo em conta que o artigo 37 da Convenção de Viena estende os privilégios fiscais e aduaneiros aos membros da família que com ele viva, desde que não sejam nacionais do Estado acreditador (§ 1), bem como aos membros do pessoal administrativo e técnico da missão e família, desde que não sejam nacionais do Estado acreditador nem nele tenham residência permanente (§ 2).

O artigo 34 prevê uma série de exceções à regra da isenção geral, observando-se que a terminologia é de direito internacional e não de direito interno, podendo variar nos direitos fiscais nacionais. Por outro lado, consiste numa isenção com exceções, e não, como sucede no direito interno, num dever de pagar impostos com isenções.

As exceções são as seguintes:

- a) Os impostos indiretos que estejam normalmente incluídos no preço das mercadorias ou dos serviços;
- b) Os impostos e taxas sobre bens imóveis privados, situados no território do Estado acreditador, a não ser que o agente diplomático os possua em nome do Estado acreditante e para os fins da missão;

⁶⁵REUTER, Paul. Direito Internacional Público. Editorial Presença, 1982, pp.153 - 159.

- c) Os direitos de sucessões percebidos pelo Estado acreditador, salvo o disposto no §4 do artigo 39 (situação dos bens móveis de agente ou familiar falecido no Estado acreditador);
- d) Os impostos e taxas sobre rendimentos privados que tenham a sua origem no Estado acreditador e os impostos sobre o capital referente a investimentos em empresas comerciais situadas no Estado acreditador;
- e) Os impostos e taxas que incidem sobre a remuneração relativa a serviços específicos;
- f) Os direitos de registo, de hipoteca, custas judiciais e impostos do selo relativos a bens imóveis, salvo o disposto no artigo 23 (isto é, imóveis que constituam os locais da missão).

As imunidades aduaneiras estão previstas no artigo 36 da Convenção. Aí, se refere, no número 1, que, de acordo com as leis e regulamentos que adote, o Estado acreditador permitirá a entrada livre de pagamento de direitos aduaneiros, taxas e outros encargos conexos, que não constituam despesas de armazenagem, transporte e outras relativas a serviços análogos:

- a) Dos objetos destinados ao uso oficial da missão;
- b) Dos objetos destinados ao uso pessoal do agente ou dos membros da sua família, que com ele vivam, incluindo os objetos destinados à sua instalação.

A bagagem pessoal do agente diplomático não está sujeita a inspeção, salvo se existirem motivos sérios para crer que a mesma contém objetos não previstos nas isenções acima mencionadas, ou objetos cuja importação ou exportação é proibida pela legislação do Estado acreditador, ou sujeitos aos seus regulamentos de quarentena. Nesse caso, a inspeção só poderá ser feita na presença do agente diplomático ou do seu representante autorizado (v. § 2 do artigo 36 da CVRD).

O direito de inspeção das bagagens constitui uma exceção evidente, em benefício do Estado acreditador, ao princípio geral da inviolabilidade dos bens do agente diplomático.

O artigo 33 da CVRD isenta os diplomatas das disposições da legislação de segurança social vigentes no Estado acreditador.

Os beneficiários da imunidade de segurança social são:

- ❖ O agente diplomático (artigo 33, § 1);
- ❖ Os membros da sua família (artigo 37, § 1).

A *ratio legis* deste sistema é que o diplomata, a sua família e o pessoal técnico que tenham a nacionalidade do Estado acreditante estejam normalmente cobertos por um sistema nacional de segurança social.

Não obstante, o § 4 do artigo 33 da CVRD admite que a isenção referida não exclui a participação voluntária no sistema de seguro social do Estado acreditador, desde que tal participação seja admitida pelo referido Estado.

Também as disposições citadas não afetam os acordos bilaterais ou multilaterais sobre seguro social já concluídos e não impedem a celebração ulterior de acordos de tal natureza, conforme o artigo 33 § 5 da CVRD.

Conforme o artigo 35 da CVRD, a isenção de prestações pessoais, de serviço público, seja qual for a sua natureza, e de obrigações militares, tais como requisições, contribuições e alojamento militar.⁶⁶

5.7. Contrato de trabalho e despedimento das empregadas nas representações diplomáticas, à luz da Jurisprudência Brasileira.

As imunidade de jurisdição do agente diplomático em matéria trabalhista era questão controvertida do ponto de vista da norma legal, e estava longe de poder ser uniforme quanto à prática seguida pelos Estados. Poder-se – ia dizer que a imunidade constituía, em princípio, a regra geral, embora viesse sendo erodida, nas últimas duas décadas em razão de uma nítida tendência no sentido de garantir ao empregado maior proteção nas relações laborais.

A imunidade do agente diplomático em matéria trabalhista não figura entre os

⁶⁶MARTINS, Margarida Salema D'Oliveira. Direito diplomático e consular: Universidade Lusíada, ed. Lisboa, 2011, pp.74-76.

três casos de exceção específica à imunidade de jurisdição previstos na CVRD: ação real sobre imóvel privado; ação sucessória a título privado; e ação referente à profissão liberal ou atividade comercial fora de funções oficiais (CVRD, art. 31, parágrafo 1). No entanto, é sucedida em dispositivos importantes, tais como artigo 33, segundo o qual os funcionários e empregado de missão diplomática que sejam nacionais do Estado acreditador, ou que nele tenham residência prementes ficam sujeitos à legislação social do Estado acreditador, cabendo aos agentes diplomático o pagamento e cumprimento das obrigações que incumbem aos demais patrões no Estado acreditador. O mesmo se aplica em relação ao pessoal do serviço (Vide CVRD art. 37, parágrafo 4).

A matéria das questões trabalhista não envolve desrespeito à lei brasileira, mas conflitos no cálculo da indenização de despedida sem justa causa. Como regra, facultase à autoridade diplomática estrangeira, caso venha a ser citada, comparecer a juízo para excepcionar a jurisdição pela afirmação de sua imunidade. De ordinário, essa comunicação aos tribunais é feita pelo Ministério Relações Exteriores a pedido da missão diplomática interessada.

O mesmo ocorre *mutatis mutandis* com a citação judicial. Ainda que o tribunal decida em favor da imunidade de jurisdição de uma missão diplomática, repartição consular ou representação de organismo internacional ou de seus membros, o Ministério Relações Exteriores, ao comunicar-lhes a decisão da autoridade judiciária brasileira, observa que imunidade de jurisdição não importa de legislação, princípio estabelecido no referido art. 41, parágrafo 1 da CVRD, e aplica ao elevado senso de justiça da missão ou representação à qual oferece seus bons ofícios, para uma tentativa de composição amigável.

No campo da doutrina e da jurisprudência em matéria trabalhista, o que prevalece não é critério excludente das garantias sociais, mas, sem conforme aponta a organização internacional do trabalho, o ânimo de “estender tais benefícios ao maior número de pessoas possível” o que faz com que nada justifique: que um Estado, cuja legislação exige a contribuição aos institutos de previdência em benefício dos trabalhadores do país, queira subtrair-se ao cumprimento de encargos análogos no tocante aos funcionários ou empregados contratados localmente.

Num número crescente de países, a prestação dos direitos do trabalhador leva a que o Estado por meio de suas leis, não reconheça, adote, como prática, intervir, por

intermedio do seu Ministério do Exterior, em busca uma solução amigável mediante o pagamento da indenização que seria devida de acordo com a legislação local.

A primeira consistia numa reclamação trabalhista de brasileiro, ex-empregado de embaixada estrangeira, despedida sem receber a indenização a que fazia jus. Em 1988, ao comunicar ao novo embaixador brasileira no país de que se trata a data de apresentação de suas credenciais, chefe do protocolo da chancelaria local fez – lhe apelo para que fosse encontrada solução para aquele caso (a chancelaria local teria visto na nota verbal que transmitiria a citação um possível endosso do Ministério Relações Exteriores ao não reconhecimento de imunidade jurisdicional da embaixada em Brasília). O chefe do protocolo manifestou a disposição de sua embaixada de alcançar, fora do tribunal, um acordo com o reclamante sobre a indenização pretendida. Por interferência do Ministério Relações Exteriores, a questão foi equacionado de forma que entendesse à solicitação do governo estrangeiro.⁶⁷

As missões diplomáticas e os serviços consulares não possuem personalidade jurídica, sendo impróprio promover ações essas representações. As várias ações que arrolam consulares e embaixadas como réus na jurisprudência brasileira, é de fato contra os Estados estrangeiros aqui acreditados, sendo assim recomendado ao juiz a correta autuação.

Essa confusão entre as imunidades diplomáticas e as que são remetidas ao Estado não é exclusivamente brasileira. Em 1980, foram proferidas três sentenças pelo Tribunal Central do Trabalho espanhol determinado a falta de competência dessa corte para solucionar reclamações de trabalhadores relacionados aos representantes do Estado, fundamentando-se na Convenção de Viena de 1961 e 1963.

A maioria dos litígios envolvendo Estados estrangeiros no Brasil é resultante das relações com os representantes diplomáticos aqui acreditados, sendo quase todos decorrentes de relações de trabalho, como contratos de trabalho ou fornecimento de serviços autônomos.

Consta-se que, do total de ações promovidas contra Estados estrangeiros no Brasil, 89,2% decorrem de ações laborais, 8,8 % de natureza civil e apenas 2,1% de

⁶⁷LIMA, Sérgio Eduardo Moreira. *Privilégios Imunidades Diplomáticas*. Brasília: Instituto Rio Branco: Fundação Alexandre de Gusmão. 2002, pp. 85 - 87.

cobranças de tributos (Ministério das Relações Exteriores).

O assunto será abordado no que diz respeito à existência, ou não, da imunidade de jurisdição, quando acionada em ações laborais no Brasil. O tema das imunidades de jurisdição era tratado pelo STF de forma a conceder imunidade absoluta aos Estados estrangeiros.

As questões que poderiam ser atribuídas aos Estados eram erroneamente imputadas aos seus representantes, amparados pelas Convenções de Viena de 1961 e 1963, que vetavam o exercício da jurisdição sob essas pessoas. Tal concepção gera decisões extremamente injustas para as questões laborais decorrentes de contratos de pessoas domiciliadas no Brasil, que estavam empregadas em embaixadas ou repartições consulares de Estados aqui acreditados. Essas pessoas, para que se atenda aos seus apelos, teriam de se deslocarem ao estrangeiro, onde os representantes não possuem imunidade para reivindicar os seus direitos.

Alinha-se fielmente ao princípio da imunidade absoluta do Estado, baseado no adágio *par in parem non habet iudicium*. Este entendimento pode ser constatado no processo número 9.699-8 PE, do Relator Ministro Aldir Passarinho, de 12/11/1986. Nesta sentença, o juiz reconhece a imunidade de jurisdição em favor da França, extinguindo o processo em julgamento de mérito.

A situação começou a mudar na área em que as injustiças se tornavam mais visíveis: as causas laborais - não importando a nacionalidade ou o domicílio do empregado e o local de assinatura do contrato; apenas importa quem prestou o serviço e que Estado foi contratante. Essas modificações foram incorporadas, com a adoção da constituição federal de 1998 (CF/88), na justiça do trabalho, dispondo o seguinte:

Compete à justiça do trabalho conciliar e julgar os diferendos individuais e coletivos entre trabalhadores e empregados, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta ou indireta dos Municípios, do Distrito Federal, dos Estados da União, e, na forma de lei, outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho, bem com os litígios que tenham origem no cumprimento das suas próprias sentenças, inclusive coletivas.

Desta maneira, é claro que a competência para julgar os diferendos laborais nas

relações laborais, entre particular e um ente de direito público externo, passou para a justiça do trabalho. Assim, passou a não ficar qualquer dúvida quanto ao fato de o poder judiciário brasileiro passar a ter total competência nesses litígios, pois tal ficou expresso de forma precisa em norma constitucional.

É válido lembrar que as decisões do Tribunal Superior do Trabalho (TST) são irrecorríveis, a menos que constituam uma violação à constituição ou declarem a inconstitucionalidade de trabalho ou lei Federal. Nesses casos, caberia recurso ordinário e recurso extraordinário para o STF. Contudo, o STJ não é competente para rever as decisões proferidas pela justiça do trabalho.

A correta fonte normativa da imunidade de cognição foi confirmada em 1990, no caso Geny de Oliveira. O mérito da causa consiste na ausência de motivos para a despedida do falecido esposo de senhora Geny de Oliveira, pela extinta representação comercial da República Democrática da Alemanha em São Paulo, Brasil (semelhante a uma embaixada). Neste julgado, o STF (o processo foi julgado pelo STF, por força de uma apelação civil para resolver o conflito entre justiça federal e justiça do trabalho) reconhece que o costume internacional não atinge uma interpretação tão extensiva.

Toda a legislação social, resguardada principalmente pelo artigo 7 da CF/88, tem por objetivo proteger o trabalhador em território nacional, independentemente da sua nacionalidade.

Dessa maneira, a imunidade em questão (laboral) passou a ser relativa, pois se o Estado estrangeiro contratou um trabalhador brasileiro, ao invés de um dos seus nacionais, condicionou-se, dessa forma, a jurisdição brasileira para o cumprimento das suas obrigações sociais, igualando-se a qualquer outro empregador particular no país. Ao contratar um empregado não específico da sua missão oficial, o representante igualou-se a um particular, descaracterizando o seu direito império e aceitando o direito nacional por estabelecer relações jurídicas de carácter contratual (atos de gestão), sob a proteção das leis do país do empregado contratado.

Caso se entenda que o ente de direito público externo fez uma renúncia prévia a qualquer imunidade de jurisdição porventura existente, submete-se então às leis do local da prestação dos serviços.

De 1992 em diante, as decisões proferidas pelos tribunais brasileiros em matéria

laboral deixaram de reconhecer a imunidade de jurisdição cognitiva. A competência para julgar os diferendos laborais entre entes de direito público externo e nacionais do Estado acreditador passa a ser exclusiva dos tribunais e juízes brasileiros. Contudo, ainda sobra o problema da imunidade de execução, visto que consistem em processos distintos.

Essa condição remetia o trabalhador para uma situação injusta, pois, mesmo no caso de a decisão lhe ser favorável, se o Estado estrangeiro não renunciasse à sua imunidade, o Brasil estaria impossibilitado de fazer valer o direito através de uma execução forçada.⁶⁸

5.8. Cobrança da indenização devida pelo Estado estrangeiro.

A relação de trabalho estabelecida entre um ente de direito público externo e um particular nacional, tanto na forma de prestação de serviços quanto nos contratos, de trabalho pode ser submetida à jurisdição do Estado acreditador. Esta submissão ao foro, segundo o STF, não configura uma violação do direito internacional.

Se a imunidade for considerada absoluta, faze-se desnecessário falar em execução, visto que se torna impossível. Caso haja a renúncia à imunidade de cognição, e a imunidade executória continue sendo considerada absoluta, a satisfação do direito só obterá êxito com o cumprimento espontâneo da decisão.

Apesar de estar claro na jurisprudência brasileira que a imunidade cognição não é absoluta, ainda resta o problema da possibilidade de execução contra o Estado estrangeiro. O problema dissolve-se quando há renúncia expressa do Estado reu à sua imunidade de execução visto que, desta forma seus bens tornam-se possíveis de penhora.

Em suma, segundo Celso de Albuquerque Melo, o Estado não tem imunidade de execução em atividade em atividades comerciais, trabalhistas e em bens, com fins comerciais. Este autor sustenta que não existe imunidade se recair sobre o próprio objeto do litígio. Por exemplo em uma ações trabalhista sobre verbas de natureza salarial incidindo a penhora uma conta corrente mantida pelo Estado estrangeiro destinada ao

⁶⁸ RIBEIRO, Luana Leal. Imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro em matéria trabalhista. A monografia apresentada como requisito para obtenção do grau de bacharel em Relações Internacionais na Universidade do vale do Itajaí- Unival. São José, 2005, pp. 32-35.

Estado ao pagamento de pessoal em banco do Estado acreditador.

Na Itália, permite-se à execução forçada contra os bens do Estado estrangeiro, contudo, esta ficará sujeita a avaliação e autorização prévia do Ministério de Justiça sobre as consequências que uma execução forçada pode acarretar no relacionamento entre os Estados.

Assim como na Alemanha, é permitido o despejo de representantes do Estado (desde que esta atitude não venha a interferir em suas funções), a execução de bens do Estado utilizados para fins comerciais; exceto navios de guerra, equipamentos das forças armadas estrangeiras e imóveis ou móveis das missões diplomáticas.⁶⁹

A existência de imunidades não significa que as pessoas lesadas por diplomatas fiquem sem qualquer solução. As possibilidades de promoção de um diplomata dependem normalmente de um comportamento escrupuloso, o que induzirá a não abusar da imunidade; é provável que prefira chegar a um acordo nas reclamações privadas contra ele formuladas antes que cheguem ao conhecimento dos seus superiores. Além disso, o indivíduo lesado ou o governo do Estado acreditador podem pedir ao embaixador que renuncie à imunidade dum subordinado seu, o que aliás sucede com frequência. A maioria das reclamações é consequência de acidentes de viação, e, pelo menos em Inglaterra, espera-se que os diplomatas segurem os seus veículos, sem que as companhias de seguros tentem escudar-se na imunidade dos clientes. Em casos externos, um diplomata pode ser declarado inaceitável ou *persona non grata*.

Uma tal limitação é inovadora no que diz respeito ao direito inglês, embora não seja desconhecida noutros países; a sua aprovação demonstra o carácter funcional das imunidades, na medida em que sendo as funções do pessoal subalterno menos importantes que as dos diplomatas, menos necessário se torna sacrificar os interesses dos lesados particulares no Estado acreditador para que o pessoal subordinado cumpra as suas tarefas de forma eficaz.

Quando um indivíduo deixa de ser membro de uma missão diplomática, a sua imunidade mantém-se por um prazo razoável, a fim de lhe dar tempo para abandonar o país. Findo esse prazo, poderá ser processado por atos de natureza privada lesados a cabo no período de serviço, mas não por atos de carácter oficial (Art. 39, número 2 da

⁶⁹ RIBEIRO, Luana Leal, op.cit., pp.36 a 38.

Convenção de Viena).⁷⁰

5. 9. Renúncia à imunidade.

Tendo em conta que as imunidades são concedidas aos Estados, que as exercem através dos seus representantes diplomáticos. Por essa razão, o artigo 32 da Convenção consagra a possibilidade de o Estado renunciar à imunidade de jurisdição dos seus agentes diplomáticos, o que significa que não é admissível a renúncia feita por estes.

Renunciando à imunidade, o Estado aceita que ele próprio ou os seus agentes fiquem sujeitos à jurisdição do Estado acreditador e que fiquem submetidos à tutela jurisdicional deste Estado os seus interesses ou os dos seus agentes. Faz-se notar, contudo, que a renúncia à imunidade não pode ser interpretada em sentido lato, mas sim em sentido estreito, dado que ela pode pôr em causa a soberania do Estado. Segundo Brierly, citado por Wladimir Brito, a renúncia “*implica a submissão de um Estado soberano à soberania de outro.*” Daí, que a Convenção disponha que a renúncia deva sempre ser expressa, devendo, portanto, revestir a forma de uma manifestação inequívoca da vontade de um Estado se submeter à jurisdição de outro.

Tendo em conta que a renúncia pode assumir duas formas, a saber: a expressa e a tácita.

A renúncia expressa encontra-se prevista no número 2 do artigo 32 e traduz-se, como já dissemos, na manifestação da vontade de um Estado, normalmente feita através de um ato unilateral, em se submeter à jurisdição do Estado acreditador, aceitando, deste modo, o Estado renunciante a submeter os seus interesses ou os dos seus agentes aos tribunais do Estado acreditador.

Assinale-se, contudo, que a renúncia expressa à imunidade de jurisdição não implica renúncia à imunidade de execução de sentença. Para que esta possa ser executada, o Estado terá também de renunciar expressamente a esta imunidade -número 4 do artigo 32. Nestes casos, deverá o Estado em causa empregar todos os seus esforços para chegar a uma solução equitativa da questão, diz-nos o número 5 do artigo 31 da Convenção.

Quanto à renúncia tácita, o artigo 31, número 3, refere que, “*se um agente*

⁷⁰AKEHURST, Michael. Introdução ao Direito Internacional. Almedina Coimbra, 1985, pp.143-144.

diplomático ou uma pessoa que goza de imunidade nos termos do artigo 37 inicia uma ação judicial, não lhe será permitido invocar a imunidade de jurisdição no tocante a uma reconvenção diretamente ligada à ação principal.”

Assim, a proposta de uma ação por um agente diplomático ou por um Estado constitui justa presunção de este ter renunciado tacitamente à imunidade jurisdicional, o mesmo se passando nos casos em que o agente intervém no processo. Neste último caso, presume-se que o agente se encontra devidamente autorizado pelo seu Estado a submeter-se à jurisdição do Estado acreditador. Desta disposição (número 3 do artigo 32), fala-nos Calvet de Magalhães, citado por Vladimir Brito, ao levantar o problema de “saber se um agente diplomático é ou não livre de propor uma ação judicial, sem o consentimento prévio do seu governo, sabendo se da antemão que isso implica a suspensão da sua imunidade de jurisdição quanto às ações reconventionais ligadas à ação principal”. Segundo o autor, “o agente diplomático necessita do consentimento prévio do Estado que representa para impor uma ação num Tribunal do Estado acreditador,” dado que é inadmissível que um agente, por via indireta, venha a exercer um direito que apenas cabe ao Estado.⁷¹

Tendo em vista que a renúncia à imunidade de jurisdição não significa a renúncia à imunidade de execução. Para que isso ocorra, há necessidade de uma nova renúncia. Accioly explica alguns casos de exceção. Se a renúncia à imunidade de jurisdição civil for manifestada pelo agente diplomático, o Estado acreditador pode aceitá-la, como - por exemplo quando o agente diplomático renúncia à imunidade e obedece ao Estado acreditador, ou quando ele procura o responsável judicial local para interpor alguma ação.

No que diz respeito à imunidade de jurisdição penal, esta é irrenunciável pelo agente diplomático, havendo apenas uma exceção: ela é renunciável, mas essa renúncia somente será autorizada pelo Estado acreditante, não podendo, de nenhuma outra forma, o agente diplomático renunciar a esta prerrogativa por vontade própria, como acontece na imunidade civil e administrativa, que alguns tribunais estão a conceder.⁷²

A Conferencia de Viena adotou a resolução II, sobre “Apreciação da

⁷¹BRITO, Wladimir (2007). Direito Diplomático, IDI – Ministério dos Negócios Estrangeiros, pp.85-86.

⁷²ACCIOLY, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 379.

Reclamações Cíveis”, que recomendou que o Estado acreditante devia renunciar à imunidade “ a respeito de reclamações civis apresentadas contra pessoas colocadas no Estado acreditador, quando esta renúncia possa ser feita sem tal impeça o desempenho das funções da missão”. Recomendou, ainda “ que, na ausência de renúncia, o Estado acreditante deve empregar os seus melhores esforços para obter uma resolução justa das reclamações”.

Deve-se interpretar o silêncio do Estado réu como uma forma de afirmação da imunidade. Ou seja, o silêncio do governo estrangeiro em ação perante a justiça nacional deve ser entendido como um exercício do direito da imunidade, devendo ser extinto o processo. A postura de extinção só não será levada a cabo em ações em que o Estado não goze das referidas imunidades, como em matéria trabalhista, por exemplo.

Apesar dessa contraposição de ideias quanto ao silêncio do Estado réu há outros comportamentos que podem ser entendidos claramente como manifestação tácita de renúncia. A análise comparativa das leis dos Estados Unidos, Argentina, da Convenção Europeia, e do projeto da CDI demonstra uma prática internacional razoavelmente uniforme sobre os meios e condições de renúncia cognitiva.

Os Estados estrangeiros não poderão invocar a imunidade de jurisdição nos seguintes casos: a) Quando consintam expressamente através de um tratado internacional, de um contrato escrito ou de uma declaração em caso determinado, que os tribunais argentinos exerçam jurisdição sobre eles; b) Quando for objeto de uma reconvenção ligada a demanda principal que a Estado estrangeiro houver iniciado.

Desta forma, os Estados não poderão invocar suas imunidades após terem-na renunciado expressamente ou se os mesmos forem autores em uma demanda ou ação decorrente do litígio por ele iniciado.

A Convenção Europeia de 1972 estabelece uma lista dos casos em que os Estados devem se comprometer a renúncia, e os casos não mencionados são os considerados atos imunes. A Convenção, de mesma forma que a lei Argentina, considera manifestação clara e inequívoca de sua vontade, quando o Estado estrangeiro única ação ou através de reconvenção ligada à demanda principal (artigo 1º), exceto quando sua presença é motivada pela defesa de sua imunidade (artigo 3º, § 2º) O artigo 2º declara a aceitação do foro por parte do Estado através de acordo internacional, se expressamente

contido em um tratado escrito ou por alguma outra forma de consentimento expresso após o aparecimento da disputa.

§ 1.605. Exceções gerais à imunidades de jurisdição do Estado estrangeiro (a) um Estado estrangeiro não estarão imune à jurisdição dos Estados Unidos ou dos Estados em qualquer caso (1) na qual o Estado estrangeiro renunciou à sua imunidade expressa ou implicitamente, apesar de a retirada da renúncia na qual o Estado estrangeiro pode pretender resultar exceção de acordo com termos da renúncia.

As leis dos demais países referidas acima seguem a mesma linha de raciocínio, uma vez renunciada a imunidade, não se admite cancelamento da mesma após início da ação judicial. Se um Estado participar como autor ou terceiro num processo, segundo o artigo 8 *"a" e "b" do projeto da CDI*, estará automaticamente renunciando sua imunidade. A participação de um governo em um processo para se defender, é considerada uma renúncia implícita. Uma vez renunciando a imunidade processual num tribunal de primeira instância esta se estenderá automaticamente até a última.

No Brasil, caso ocorra uma audiência visando uma negociação entre as partes envolvidas (um particular e o ente de direito internacional público), não representará renúncia tácita à imunidade, que devidamente homologado, poderá ser cumprido apenas voluntariamente pelo um caráter obrigatório.

Por sua vez, a renúncia à imunidade de execução deve ser sempre expressa, ou pelo menos inequívoca, visto que permanece o caráter absoluto de imunidade frente aos bens destinados aos exercício da soberania.

O Supremo Tribunal Federal, em questões referentes à imunidade de execução a entender seu carácter mais abrangente, ou seja o património do Estado é intangível, exceto nos casos de renúncia expressa, ou da existência em território nacional de bens estranhos quanto à sua utilização para as representações diplomáticas e consulares mantidas em solo nacional.⁷³

⁷³ RIBEIRO, Luana Leal. Imunidade de Jurisdição e Execução do Estado Estrangeiro em Matéria Trabalhista. Vale do Itajaí- Univali: 2005. Monografia. Disponível em:

5.10. A renúncia à proteção diplomática.

Não é duvidoso que o Estado possa, por entre ele próprio, renunciar ao exercício da sua proteção diplomática, seja por tratado ou por uma declaração universal anteriores ao litígio, seja a posteriori.

Assim o art.27, al.1, da Convenção de Washington de 1965 para a resolução de conflitos relativos aos investimentos entre os Estados e os nacionais de outros Estados, dispõe: «Nenhum Estado contratante poderá conceder a proteção diplomática ou formular reivindicação internacional sobre um conflito que um dos seus nacionais e um outro Estado contratante consentiram submeter ou submeteram à arbitragem no quadro da presente Convenção, salvo se o outro Estado contratante não se conformar com a sentença proferida como conclusão do diferendo».

Mais delicada é a hipótese de uma renúncia expressa por um particular, num contrato com um Estado sem o aval do Estado suscetível de exercer a sua proteção diplomática. Uma tal renúncia poderá ser-lhe oponível?

Esta situação de uma prática latino – americana, imaginada pelo homem de Estado argentino Calvo (1824-1906) de onde derivou o nome genérico de «cláusula Calvo» que consiste em inserir num contrato de concessão, a pedido da autoridade concedente, uma disposição segundo a qual o concessionário estrangeiro se compromete a não pedir a proteção diplomática do seu Estado de origem em caso de litígio. O investidor estrangeiro aceite só utilizar as vias de recurso internas.

Como se trata de compromissos contratuais legítimos, a jurisprudência internacional hesitou inicialmente em os privar de qualquer efeito, segundo a qual a cláusula não é contrária ao direito internacional. Ela contentou-se em reconhecer a sua inoponibilidade aos Estados dos quais os co contratantes fossem nacionais. Rapidamente, contudo, os juízes e árbitros internacionais aderiram á tese radical da nulidade para este tipo de cláusula.

A jurisprudência confirma sobre este ponto uma prática diplomática, assim formulada desde 1888 pelos Estados Unidos: Este governo não pode admitir que os seus cidadãos possam pela simples conclusão de contratos com potências estrangeiras ou por outros atos que não equivalham ao repúdio da sua nacionalidade ou um abandono

deliberado da sua qualidade de cidadãos americanas, anular a sua dependência para com o seu governo ou suprimir a obrigação desde de os proteger em caso de denegação de justiça.

Esta reação muito visa explica-se pela vontade dos Estados de conservarem o inteiro domínio da sua competência em matéria de proteção diplomática, enquanto expressão da sua soberania «pessoal». A tese da ilicitude da cláusula Calvo apoia a ficção segundo a qual acordando a sua proteção diplomática, o Estado exerce um direito que lhe é próprio: os particulares não têm qualquer direito a renunciar a esta proteção e entravar-lhe tal competência.

A doutrina dominante considera que em relação aos princípios gerais do direito internacional, a cláusula Calvo está desprovida de qualquer validade jurídica; quando muito pode servir para confirmar, a respeito de quem a aceita, o princípio do esgotamento dos recursos internos. Contudo, uma parte da doutrina, chocada com o carácter imoral desta tese e preocupada em melhor proteger os interesses dos países fracos, persiste em sustentar a validade da cláusula Calvo.⁷⁴

5.11.Violações de leis de trânsito e delitos penais pelos agentes diplomáticos e sua família no estado acreditador.

A violação das normas civis e penais do Estado acreditador (e do trânsito, pelo agente diplomático, pessoalmente) constitui uma séria preocupação da maioria dos estados. Diferentes estatísticas evidenciam a importância atual do problema, especialmente em países ocidentais. Têm aumentado os conflitos derivados de atos cometidos contra as normas de trânsito. Não é de desprezar a quantidade de delitos graves imputados ao pessoal diplomático. No âmbito civil, é igualmente prevalente a prática de fazer uso do estatuto diplomático para obter vantagens económicas ilícitas, em seu favor.

Nesta perspetiva, consideramos oportuno destacar este ponto especial: a problemática da implicação relativamente frequente dos agentes diplomáticos em atos de delito, cuja autoria resulta clara e fazendo-se valer do seu estatuto que a sua situação privilegiada é claramente um fator determinante para cometer o delito. Referimo-nos aos delitos de tráfico de estupefaciente ou de violação das normas sobre controlo

⁷⁴DINH, Nguyen Ouoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução: Vítor Marques Coelho, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003, pp.830-831.

cambial do Estado acreditador (ou normas de trânsito). A prática revela a existência de uma busca de mecanismos que permitam submeter o agente diplomático, em flagrante delito, à jurisdição interna do Estado acreditador.

Deixando de lado a situação dos agentes em trânsito, que posteriormente abordaremos, cabe analisar que tem ocasionalmente sido utilizada com certa capacidade do Estado acreditante de renúncia à imunidade, como uma alternativa à mera declaração de *persona non grata*. Esta possibilidade ocorre sobretudo em situações de implicação direta de um agente diplomático no tráfico de estupefaciente. A razão para a renúncia, neste caso, do delito de tráfico de estupefacientes, contra o qual existe uma especial sensibilidade social e, além disso, porque a implicação de um agente diplomático em atos de tais natureza poderia, de alguma maneira, prejudicar o Estado acreditante, especialmente se se trata de um Estado em guerra contra o narcotráfico. Neste contexto, a aplicação da facilidade da renúncia de imunidade poderia constituir uma medida eficaz e dissuasora, utilizada mais frequentemente. Mesmo dependendo, é claro, da livre vontade do Estado acreditante, sobretudo tendo em conta o valor da reciprocidade, em matéria de imunidades diplomáticas. Como exemplos, podemos citar o caso de Gustavo Jacome Lemus, segundo secretário da embaixada da Colômbia em Madrid, detido e processado por tráfico de estupefacientes, com prévia renúncia à sua imunidade, por parte do governo Colombiano.

No que diz respeito das regras de trânsito internas de um Estado por um agente diplomático não acreditado, deve notar-se que a sua imunidade, como salienta C. Rousseau, está longe de ser absoluta. Apesar do disposto do artigo 40 da Convenção de Viena de 1961, em que se reconhece expressamente que:

"Se um agente diplomático atravessa no território de terceiro Estado que teria outorgado visto no passaporte, se tal visto a fim de que o agente assuma ou reassuma o seu posto ou regresse ao seu país, deverá conceder-lhe a inviolabilidade e todas as outras imunidades necessárias para lhe permitir o trânsito ou o regresso. Esta regra é igualmente aplicável aos membros da família que gozem de privilégios e imunidades, quer acompanhem o agente diplomático, quer viagem separadamente reunir-se a ele ou ela regressar ao seu país."

Como salienta C. Rousseau, "*imunidade não protege o diplomata em flagrante delito pelas autoridades aduaneiras de trânsito para o tráfico de estupefaciente ou transporte de armas.*"

Por outro lado, para que haja a imunidade em trânsito é necessário que o diplomata reúna os determinados requisitos de origem ou de destino, com os quais serão excluídos os atos cometidos fora do trânsito, em sentido estrito. Cabe salientar, neste sentido, por exemplo, a detenção da esposa do embaixador do Afeganistão em Nova Deli, surpreendido no aeroporto de Bruxelas com certa quantidade de estupefaciente na sua bagagem pessoal. O Ministério dos Negócios Estrangeiros belga afirmou que a esposa não poderia beneficiar de imunidade, na medida em que o seu marido não foi acreditado na Bélgica, nem tão pouco se encontrava em trânsito na sua embaixada.⁷⁵

Importante ressaltar que o Departamento de Estado norte-americano considera a condução de veículos um privilégio que o governo dos EUA concede ao agente diplomático, após aprovação em teste escrito, podendo ser retirado o privilégio, em caso de infrações de natureza grave; o mesmo Departamento de Estado estabelece valores de seguro ao corpo diplomático para assegurar eventual pagamento de indemnização por ato ilícito. Consoante a nota número 85-357, de 23 de Junho de 1987, os valores de seguro são cem mil dólares por pessoa e trezentos mil dólares por acidente, num período mínimo de seis meses.

A jurisprudência brasileira regista alguns casos de imunidade de jurisdição penal, tais como o de um atropelamento atribuído ao secretário da embaixada da Inglaterra, sujeito às penas do artigo 129, número 6 do Código Penal Brasileiro. Neste caso, o Ministério Público oficiou pelo reconhecimento da incompetência dos tribunais brasileiros, por ser o autor da conduta imune à jurisdição brasileira. Noticia-se, também, um caso similar, ocorrido em 1953, no Rio de Janeiro, envolvendo a mulher do secretário da embaixada do Canadá, também sujeita às penas do artigo 129, número 6 do Código Penal, pois, ao conduzir um veículo com placa diplomática, ocasionou um acidente.⁷⁶

⁷⁵QUEL LOPEZ, F. Javier. Los privilegios e inmunidad de los agentes diplomaticos en el derecho internacional y en la practica espanola; prólogo de José António Pastor Ridruejo. 1ed. Madrid: Civitas. 1993, pp. 105-107.

⁷⁶PINHEIRO, Gislene. Imunidade de Jurisdição Penal dos agentes Diplomáticos. Brasília: 2006. Dissertação de Mestrado. Disponível em [«https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/363»](https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/363), págs. 67-75-76, acesso em 10 de Novembro de 2016.

Os autores acima consideram o que aconteceu no caso ocorrido em 1997, quando um diplomata da República de Geórgia -envolvido num acidente de viação em Washington, nos Estados Unidos da América, do qual resultou a morte de um cidadão e ofensas corporais em mais quatro pessoas -viu a sua imunidade diplomática ser levantada por renúncia expressa do Governo do Estado acreditante, a República de Geórgia, a pedido do Estado acreditador, os Estados Unidos da América, possibilitando que aquele diplomata fosse submetido à jurisdição penal dos Estados Unidos, vindo a ser, como se sabe, julgado e condenado por um Tribunal americano. A outra forma de evitar a impunidade, sobretudo quanto se está diante da não renúncia pelo Estado acreditador, é o Estado acreditador diligenciar junto do Estado acreditante para que o agente diplomático seja submetido à jurisdição do seu próprio país.

Carrilho & Victorino (2002), consideram também exemplo o caso do diplomata da Rússia em serviço no Canadá, ocorrido em 27 de Janeiro de 2001, em que o agente diplomático atropelou, matou e feriu várias pessoas, num acidente de viação numa rua de Otava. O Governo canadiano solicitou o levantamento da imunidade, mas o Estado russo recusou, prometendo que, no entanto, o seu diplomata seria julgado em Moscovo, na Rússia. Para tal, foi, entretanto, assinado um Acordo de Assistência Jurídica Mútua entre o Canadá e a Rússia, para permitir a produção de prova de um país nos tribunais do outro. O diplomata foi expulso do Canadá, seguidamente, demitido do Ministério dos Negócios Estrangeiros da Rússia e, finalmente, acusado, julgado e condenado, em Março do mesmo ano, na jurisdição penal russa, por homicídio e ofensas corporais resultantes de violação de regras de trânsito previstas e punidas pelo Código Penal Russo.⁷⁷

Ressalta-se que o agente diplomático possa ser julgado pela justiça do Estado acreditador, em decorrência de eventual renúncia, não há qualquer interferência no sentido absoluto da imunidade de jurisdição penal.

Como exceção, cita-se a decisão do presidente de Zâmbia Kenneth Kuanda, em relação a um terceiro secretário de sua embaixada na cidade de Londres que foi preso na posse de dois quilos de droga do tipo cocaína e liberado em seguida com a confirmação de se tratar de um agente diplomático. O foreign office solicitou á embaixada de Zâmbia

⁷⁷CARRILHO, José Norberto; VICTORINO João Luís. Em *relação à Imunidade diplomática*. Disponível em: (Processo n.º 213/99 - A) [2002], MZTS 2 (3 October 2002), Acesso em 1-08-2016.

que renunciasse à imunidade do agente, por haver fortes indícios de que a droga estaria entrando na Inglaterra por meio de mala diplomático daquela missão.

O então presidente da Zâmbia autorizou o embaixador de Londres renunciar à imunidade, e por conseguinte, o terceiro secretário de embaixada foi preso e julgado pelas autoridades inglesas.

Outro caso diz respeito ao acidente automobilístico ocorrido na cidade de Washington, em que a vítima Joviane Waltrick de nacionalidade brasileira, juntamente com o namorado, foi atropelada pelo veículo de uma representação diplomática, vindo a falecer.

O pensamento inicial é não impunível a conduta do agente diplomático, consoante se vê na Convenção de Viena de 1961 no parágrafo 4.^a do artigo 31, ao estabelecer que “ a imunidade de jurisdição de um agente diplomático no Estado acreditador não o isenta de jurisdição do Estado acreditante”. Até porque, por força do artigo 41 da aludida Convenção, os beneficiários dos privilégios e imunidades devem obedecer as leis e os regulamentos do Estado acreditador.

No entanto, não há na Convenção de Viena ou no Direito Internacional qualquer norma que obrigue o Estado acreditante a acionar seu agente diplomático perante seus tribunais, o que sem dúvida, pode gerar uma impunidade ao desfrutar o agente diplomático de tal imunidade. Pode ocorrer, é verdade, que embora o agente diplomático esteja coberto sobre o manto de imunidade, venha ser declarado persona non grata e por consequência seja expulso do país.

Em 1980, na cidade de Londres, a polícia apanhou quatro assaltantes carregando o produto do roubo na porta malas do carro. A res furtiva foi avaliada em mais de 2.000 libras e incluía dez mil cigarros e caixas de bebidas alcoólicas diversas. Os objetos foram subtraídos da embaixada Chinesa, em Portland Place, Marylebone. Os chineses, citando a imunidade diplomática, recusaram-se a ir ao tribunal ou mesmo a identificar o produto do roubo como sua propriedade. Consequentemente, os quatro homens foram libertados.

A outra notícia veiculada em Fevereiro de 1987, na Cidade de Washington, relatava que o Embaixador de Papua -Nova Guiné colidiu com outro veículo que se encontrava estacionado, acarretando lesões em duas pessoas que se encontravam

sentadas no veículo. O Departamento de Estado anulou no mesmo dia a carta de condução concedida do Embaixador e, surpreendentemente, requereu ao Procurador - Geral que interpusesse uma ação criminal, caso uma das vítimas viesse a falecer. A ideia era impedir o regresso do Embaixador ao país, quando fosse destituído do cargo, sem que fosse devidamente processado e julgado pelo tribunal americano (Oliveira, 2006, p. 67 -apud Moreira Lima 2002, pp.54-55).⁷⁸

5.12. Titularidade da renúncia.

Tendo em conta que a renúncia da imunidade tem a ver com a sua titularidade, pretende-se apurar a pessoa que tem competência para, numa situação do género, dizer que os agentes diplomáticos e /ou os seus familiares já não gozarão de imunidade e que são vulneráveis, podendo ser julgados nos tribunais do Estado acreditador.

Vale a pena frisar que a CVRD, no seu art.32, número 1, afirma caber ao Estado acreditante renunciar à imunidade dos seus agentes diplomáticos e das pessoas que gozam das imunidades nos termos do art.37, pois isso quer dizer que a titularidade da renúncia cabe ao Estado e não ao diplomata.

Tendo em vista que a Convenção de Viena, no seu preâmbulo, reconhece que os privilégios e imunidades não beneficiamos indivíduos, mas sim, garantem o eficaz desempenho das funções das missões diplomáticas, no seu carácter de representantes dos Estados. Uma vez que esta missão é no interesse do Estado, não se vê porque não deve ser ele (o Estado) a decidir da renúncia ou não às imunidades diplomáticas.

Outro ponto que merece atenção é o fato de que a própria Convenção de Viena de 1961, não obstante afaste a aplicação de normas do Estado acreditador aos beneficiários da imunidade diplomática, preveja, no seu Artigo 41, a necessidade de observância, pelos membros da missão diplomática, dos preceitos do ordenamento local, como forma de preservar o equilíbrio das relações entre os Estados, usualmente identificado como sendo o *princípio do primado do direito local*, nos termos que se seguem:

Segundo o Artigo 41, “*Sem prejuízo de seus privilégios e imunidades, todas as*

⁷⁸PINHEIRO, Gislene. (2006). Imunidade de Jurisdição Penal dos agentes Diplomáticos. Brasília: 2006. Dissertação de Mestrado. Disponível em <<https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/363>>, págs. 57-59-67, acesso em 10 de Novembro de 2016.

“pessoas que gozem desses privilégios e imunidades deverão respeitar as leis e os regulamentos do Estado acreditador. Têm também o dever de não se imiscuírem nos assuntos internos do referido Estado”.

Busca-se, com isso, prevenir abusos por parte dos beneficiários, mantendo aplicáveis, deste modo, em especial no âmbito criminal, a integridade dos preceitos incriminadores, restando, inviabilizada, tão-somente, a possibilidade de imposição da pena respetiva, por força da imunidade de jurisdição, salvo a hipótese de renúncia desta prerrogativa.

Diante de episódios de abuso das imunidades diplomáticas, para contornar consequências agravantes, a função diplomática do agente pode ser cancelada, pela transferência do agente para outro posto, noutro Estado, ou pelo regresso ao País de origem, onde, face às circunstâncias, poderá responder pelo delito, segundo as leis locais.

Não havendo iniciativa imediata do País de origem, o Estado estrangeiro pode declarar o diplomata *persona non grata*, situação geralmente seguida da sua providencial retirada. Sobre o assunto, diversos autores se têm pronunciado no sentido de considerarem a imunidade diplomática, de modo acrítico, como adiante será demonstrado, enquanto *causa pessoal de isenção ou exclusão de pena*, ou seja, uma *escusa absolutória*.

A controvérsia surge pelo fato de que a norma internacional que disciplina a matéria, ou seja, a Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas, firmada em 1961, prevê a possibilidade de *renúncia* desta prerrogativa por parte do Estado acreditante ou de origem, sendo então possível a punição do agente pelo Estado acreditador.

A questão que se impõe é a seguinte: como poderia um agente cuja punibilidade fora *previamente excluída*, como decorrência da incidência de uma escusa absolutória, vir a ser penalizado após o ato de renúncia da imunidade?

Poder-se-ia objetar que o ato de renúncia restauraria a integralidade da norma penal proibitiva, que voltaria a ter a estrutura bimembre completa, com a previsão da sanção aplicável. Por outro lado, é de frisar que o efeito de uma norma permissiva em sentido estrito não é o de meramente suspender os efeitos de uma norma proibitiva, mas o de efetivamente afastar, em hipóteses específicas, a sua aplicação.

Com efeito, a figura da imunidade diplomática, dada a possibilidade de renúncia dessa prerrogativa pelo Estado acreditante, seria melhor caracterizada enquanto *causa de suspensão de punibilidade*, preservando-se, deste modo, a integridade da estrutura da norma crime, com a previsão do fato tipificado e a da sanção respetiva - o ato de *renúncia*, deste modo, figuraria como uma *condição objetiva de punibilidade*, porquanto se trata de ato ulterior à consumação do delito, restringindo unicamente a aplicação da pena prevista em lei.⁷⁹

Vale a pena referir um caso ocorrido antes da Convenção de Viena de 1961, que é citado por Rezek: em 1906, o filho do embaixador do Chile em Bruxelas matou, por motivos pessoais, o secretário da Embaixada. O caso ficou conhecido como *Balmaceda-Waddington* e ilustrou a impossibilidade da renúncia à imunidade por parte do próprio diplomata ou familiar, visto que D. Luís Washington, embaixador, visando a abstenção das autoridades belgas, compareceu ao foro e afirmou que renunciava à imunidade do seu filho; entretanto, somente após a confirmação da chancelaria chilena acerca da renúncia, o processo teve curso no tribunal belga.

Os casos acima mencionados ilustram que somente o Estado acreditante pode renunciar às imunidades de índole penal e civil de que gozam os seus representantes diplomáticos. Desta forma, em caso algum o próprio beneficiário da imunidade dispõe de um direito de renúncia do diplomata, tendo os tribunais de averiguar se o diplomata realmente obteve autorização do seu Estado. A questão suscitou várias interpretações sobre a possibilidade ou não de o agente diplomático renunciar à imunidade jurisdicional do membro da sua família ou se será preciso um consentimento prévio do seu governo.⁸⁰

⁷⁹ LOUREIRO, Artur César Cavalcante. Imunidade diplomáticas. Revista Jus Navigande, Teresina, 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12532>. Acesso em 30 de Setembro de 2016.

⁸⁰ REZEK, José Francisco (1996). Direito Internacional. 6ª ed. Ver, atual- São Paulo: Saraiva, 1996.

Capítulo VI A POSSIBILIDADE DE OS MEMBROS DA MISSÃO DIPLOMATICA POSSUIREM A NACIONALIDADE DO ESTADO ACREDITADOR REFLETE-SE NO SEU ESTATUTO REDUZINDO OS SEUS PRIVILEGIOS E IMUNIDADES.

6.1. Introdução

O problema reside na articulação entre o vínculo da nacionalidade, que relaciona a pessoa em causa com o Estado acreditador, e o vínculo funcional, que a liga ao Estado acreditante. O artigo 38, número 1, da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas, numa solução de compromisso perante uma prática estadual muito duvidosa, apenas mantém, para o pessoal diplomático que tenha a nacionalidade do Estado acreditador, bem como para aqueles que aí tenham a sua residência permanente, a inviolabilidade e a imunidade de jurisdição, quanto aos atos oficiais praticados no desempenho das suas funções, ou seja, os atos praticados em nome do Estado acreditante, no direto exercício de funções diplomáticas. Quaisquer outros privilégios e imunidades só serão atribuídos a estes agentes diplomáticos mediante acordo ou por decisão do Estado acreditador.

No respeitante ao demais pessoal da missão, bem como aos seus criados particulares que sejam nacionais do Estado acreditador ou nele tenham a sua residência permanente, a Convenção não lhes salvaguarda quaisquer privilégios e imunidade, deixando para o acordo entre os Estados ou para a decisão do Estado acreditador a sua eventual atribuição, apenas cometendo a este último um dever de não exercer a sua jurisdição sobre tais pessoas de modo que interfira excessivamente com o desempenho das funções na missão diplomática (artigo 38, número 2).

Os membros da família de um agente diplomático ou de um membro do pessoal administrativo e técnico, que com ele vivam, e desde que não sejam nacionais do Estado acreditador, gozam dos privilégios e imunidades identificados, por remissão, no artigo 37, números 1 e 2, da Convenção de Viena sobre as Relações Diplomáticas, com as adaptações aí referidas.

O fundamento para este alargamento das imunidades e privilégios dos membros do pessoal da missão aos seus familiares próximos, que codifica uma norma consuetudinária pacífica, encontra-se na necessidade de resguardar os membros da missão de pressões, por parte das autoridades do Estado acreditador, que poderiam pôr em causa a independência no exercício das suas funções, se pudessem ser confrontados com situações de atuação coerciva sobre a pessoa daqueles que lhes são próximos ou sobre os seus bens, que, da mesma forma que idênticas atuações sobre a pessoa ou os bens dos membros da missão, poderiam colocar em risco ou perturbar o exercício das funções daqueles membros, no exclusivo interesse do Estado acreditante.⁸¹

É óbvio que, em tais circunstâncias, a inviolabilidade e imunidade do agente diplomático serão ilusórias, visto que ele poderá muito mais facilmente ser atingido através da sua esposa. Aliás, os governos da Bélgica e da Finlândia tiveram ensejo de criticar semelhante orientação nas suas observações ao anteprojeto de 1957. O governo belga salienta que a restrição corria algum risco, pois teria como consequência *«tornar a mulher do chefe da missão ou de um agente diplomático sujeita a processo penal, caso ser nacional do Estado acreditador»*.

No Brasil, a lei número 3.917, de 14 de Julho de 1961, estipula expressamente que *«os diplomatas não poderão servir nos pais da nacionalidade originária ou adquirida do cônjuge, salvo autorização expressa do Presidente da República»* (artigo 36, §3). Anteriormente, o Senado Federal brasileiro decidiu que não aprovaria a indicação dos nomes de chefe de missão brasileira para servirem em embaixadas ou delegações situadas em países dos quais a mulher possuísse nacionalidade.

Com referência a essa preocupação de atingir os nacionais dos países, cumpre lembrar que a isenção do agente diplomático relativamente à legislação sobre seguro

⁸¹ VALLE, Jaime. Direito Diplomático e Consular I. A.A.F.D.L, Editora: Lisboa /2017, p. 61.

social aplica-se à sua mulher e filhos, mas que, se tivessem a nacionalidade do Estado acreditador, estarão sujeitos a ela, nos termos do artigo 37. Significa isso que a mulher de um agente diplomático chefe da missão ou apenas membro do pessoal da missão, cujo marido normalmente descontará para a assistência social do Estado acreditante, passará a ficar obrigada a arcar com as obrigações sociais previstas pela legislação do Estado acreditador, mesmo se sabendo que a vinculação será passageira, terminando com o fim da missão do marido.

O artigo 44 trata da retirada do pessoal diplomático em tempo de guerra, prevê a obrigação de o Estado acreditador prestar todo o auxílio aos membros das famílias das pessoas que gozam de prerrogativas e imunidades, sem levar em conta a sua nacionalidade.

A determinação da condição jurídica dos agentes diplomáticos que possuem nacionalidade do Estado acreditador é uma decorrência do artigo 8 da CVRD de 1961, que admite, a título excecional, tal nomeação. Mesmo admitida a possibilidade da nomeação de nacional com agente diplomático estrangeiro -tendo havido manifestações sobre a conveniência de manter o silêncio a esse respeito -alguns delegados à conferência de Viena opinaram no sentido de que um artigo, nos moldes do aprovado, era inútil, sobretudo dadas as raras hipóteses de ser invocado.

Para a maioria, o Estado acreditador, ao aceitar um seu nacional como agente diplomático de um Estado estrangeiro, deve reconhecer-lhe os necessários privilégios e imunidades, desde que, ao aceitá-los, não tenha formulado alguma reserva, quanto ao respetivo gozo. O Estado acreditador, ao concordar com a nomeação, não está a concordar que o mesmo figure num plano jurídico preferível, *vis-à-vis* dos demais nacionais, só podendo desfrutar dos privilégios e imunidades que lhe forem outorgados expressamente.

Nos Estados Unidos da América, um nacional dos país que tenha sido, mui excecionalmente, nomeado para uma missão diplomática estrangeira, sejam quais forem as funções a desempenhar, goza de plena imunidade de jurisdição civil e penal, a não ser, talvez, no tocante a dívidas contraídas antes da nomeação.

A tese da necessidade do reconhecimento dos privilégios e imunidades, no caso de não haver declaração expressa contrária, foi defendida por Sir Gerald Fitzmaurice,

que, depois de examinar a outra tese, salienta que, apesar das considerações práticas ponderáveis a seu favor, julgava mais correta a teoria segundo qual um Estado pode recusar a nomeação, mas ao fazê-lo, deve conceder as imunidades costumeiras. O autor concordou com Verdross, Spirópoulos e Garcia Amador, em que o Estado acreditador, ao dar o seu beneplácito quanto á nomeação de um seu nacional, deve conceder-lhe o mínimo de imunidade essencial para o desempenho das funções que concordou em desempenhar, «*caso contrário, estaria tirando com a mão esquerda o que havia dado com a direita*».

No entanto, um agente diplomático que fosse nacional do Estado acreditador, nele gozando de imunidade, poderia cometer um assassinio com impunidade, já que não seria tampouco submetido à jurisdição do Estado acreditador. Neste sentido, invocou o código penal Egípcio o mesmo exemplo ocorrente no código penal brasileiro, não cobrindo crime praticado em tais circunstâncias. Quanto à imunidade de jurisdição relativamente aos atos praticados no exercício das funções, cumpre lembrar que dificilmente se pode, no tocante ao agente diplomático, admitir a prática de uma violação do código penal no desempenho de funções diplomáticas.

Houve iniciativa, visando não admitir a imunidade, nem no tocante aos atos oficiais. O Professor Ago demonstrou perfeitamente que os atos oficiais praticados pelo agente diplomático, no exercício das suas funções, eram atos de Estado, pouco importando a nacionalidade do agente diplomático, «*portanto, se o Estado acreditador concorda em que seu nacional sirva como agente diplomático do Estado acreditante, mas mesmo tempo, se recusa a reconhecer sua imunidade de jurisdição, quanto aos atos oficiais desempenhados no exercício de suas funções, a consequência seria como se tivesse recusado consentimento e proibido o exercício de tais funções, pois é inconcebível que o Estado acreditador sujeita á sua jurisdição atos soberanos do Estado acreditante*».⁸²

⁸²SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Brasília: Ministério das Relações Exteriores – Seção de publicações 1967, págs. 271 - 275.

Capítulo VII CONCLUSÃO

Após esta análise da imunidade diplomática, em que foram abordados, em apertada síntese, os mais importantes aspetos conceituais da temática e trazidos à baila alguns exemplos de conflitos envolvendo esta questão, é relevante que se conclua este trabalho dando destaque à importância do Instituto para o Direito Internacional na regulação das relações internacionais.

O instituto das imunidades diplomáticas, de inúmeras críticas, por parte das doutrinas e jurisprudências, sobre a extensão e limites aos familiares beneficiários das imunidades, pretende-se com essa pesquisa abordar o instituto da forma mais detalhada possível, inquirindo os motivos de tanta polémica no meio jurídico. Em concreto, os filhos maiores de idade e os filhos menores de cônjuges separados de facto, os quais já não vivam com o agente diplomático, que são tratados como outros familiares. Conclui-se, pois, que as imunidades diplomáticas sofreram restrições e atualmente têm algumas exceções, no âmbito de jurisdição civil, mas que, na esfera penal, a imunidade contínua absoluta, inclusive para os seus familiares. Isso não significa que os agentes diplomáticos e quem com eles viva não tenham a responsabilidade de cumprir os regulamentos internos do Estado acreditador, nem que possam ser julgados. Entretanto, serão julgados por todos os atos cometidos, no Estado acreditante.

Dito isto, percebe-se que a imunidade concedida ao agente diplomático e à sua família confere-lhe uma tranquilidade no desempenho e no exercício da sua função como chefe da missão diplomática; no entanto, o que prevalece na atribuição das imunidades aos familiares de diplomata só viver no mesmo domicílio, independentemente de serem familiares por afinidade ou por consanguinidade. No entanto, a Comissão de Direito Internacional de 1958 explicou que «*não julgou conveniente adotar um critério para determinar quem deveria ser considerado membro*

da família, nem desejou fixar idade limite para os filhos.»

Neste contexto, a existência de privilégios e imunidades tem como objetivo subtrair uma determinada categoria de pessoas, residentes ou estacionadas no território de um Estado, à sua autoridade e competências judiciais. No caso vertente, esta categoria de pessoas diz respeito ao corpo diplomático.

Em diplomacia, os privilégios e imunidades foram sendo estabelecidos com o passar dos tempos e com o desenvolvimento e consolidação das missões diplomáticas, se bem que alguns preceitos, como a inviolabilidade (associada à ideia de sacralidade), já existissem desde tempos históricos mais remotos.

As reticências que, ao longo dos tempos, os Estados mostram em conceder um número significativo de privilégios aos diplomatas estrangeiros estavam relacionadas, sobretudo, com as habituais práticas de espionagem, já que tais privilégios impossibilitam as respetivas autoridades de perseguir e condenar os diplomatas que exerciam a espionagem, ao mesmo tempo que se viam obrigados a conceder-lhes grandes facilidade de mobilidade e atuação. Presentemente, é a existência de um número cada vez mais elevado de agentes diplomáticos estrangeiros e assimilados que fez com que os Estados tendessem a reduzir o leque de pessoas suscetíveis de gozar dos privilégios diplomáticos e a limitar o número e o alcance dos privilégios a conceder.⁸³

Com na proteção das imunidades aos filhos menores do agente tendo em conta que a delimitação dos privilégios e imunidades diplomáticas foi a questão mais difícil que a conferência de Viena teve de tratar. É óbvio que os Estados dificilmente aceitariam que um número tão extenso de indivíduos residentes no seu território pudesse subtrair-se ao império da lei.

Em outra ordem de ideias, é conveniente descrever que a prática diplomática em matéria de privilégios e imunidades diplomáticos tem sido, em geral, correta e conforme com o regulamento internacional. Tanto no que diz respeito à limitação, como no que se refere à implementação do estatuto diplomático na Convenção de Viena de 1961, e têm-se vindo a produzir modificações do regime geral, até ter obedecido a acordos bilaterais e a medidas recíprocas em resposta às iniciativas prévias de outros Estados. Além disso, o estatuto das missões diplomáticas e do pessoal encontra-se perfeitamente definido nas

⁸³ MONGIARDIM, Maria Regina. Diplomacia (Coimbra): Almedina 2007, p. 190.

normas convencionais. Tendo em conta que o reconhecimento da extensão e limites são garantias estabelecidas, a fim de assegurar o cumprimento das suas funções, estabelece-se a necessidade de respeito, por parte do pessoal diplomático, das disposições internas do estado acreditador, assim como das normas internas e internacionais reguladoras e do correto uso das missões diplomáticas.

Capítulo VIII Referências Bibliográficas

Accioly, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. Editora Hemus, 1995.

Accioly, Hildebrando. Manual de Direito Internacional Público. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

Akehurst, Michael. Introdução ao Direito Internacional: Almedina Coimbra, 1985.

Akehurst, Michael. Introdução ao Direito Internacional. Almedina Coimbra, 1985.

Almeida, São José. Uniões gays têm direitos reconhecidos na diplomacia portuguesa desde 2001 mas ainda ninguém os reivindicou. Disponível em: [www.uniões-gay-tem-direitos-reconhecidos-na-diplomacia-...,](http://www.uniões-gay-tem-direitos-reconhecidos-na-diplomacia-...) acesso em **16 de Maio de 2016**.

Arsénio, Veronika Scherk. Conferência Anual da Associação das Famílias dos Diplomatas: Boletim número 2, 2012.

Ashman, Chuck; Trescott, Pamela. Escândalo: o abuso da imunidade diplomática: Lisboa: Publicações Europa-América, 1986.

Aust, Anthony. Handbook of law, 2ª ed (New York) Cambridge press: copy, 2010.

Basto, Celso Ribeiro. Curso de Teoria do Estado e Ciência Política. 4ªed. São Paulo: Saraiva, 1999.

Bevilaqua, Clóvis. Direito Público Internacional Tomo 1, ed, Francisco Alves. Rio de Janeiro, 1910.

Bourdalois, Beatrice (.....). Mariage Polygamique et Droit Positif Français. Préface de Pierre Bourel, ouvrage distingue l'Université Panthéon– Assas, Paris II.

Brito, Wladimir. Direito Diplomático. IDI – Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2007.

Brito, Wladimir. Direito Diplomático. IDI – Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2007.

Brito, Wladimir. Direito Diplomático, IDI – Ministério dos Negócios Estrangeiros, 2007.

Brownlie, Ian. Princípios de Direito Internacional Público: Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

Brownlie, Ian. Princípios de Direito Internacional Público. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1997.

Carrilho, José Norberto; Victorino, João Luís. Em **relação à Imunidade diplomática. Disponível em:** (Processo n.º 213/99 - A) [2002], **MZTS 2 (3 October 2002), acesso em 1-08-2016.**

Civareli, Miguel Ângelo Nogueira dos Santos. Imunidades Jurídicas: Penais, Processuais, diplomáticas, Parlamentar: São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

Cônjuges - Associação Sindical dos Diplomatas Portugueses. Disponível em: www.asdp.pt. (cônjuges ASDP), acesso em 20/01/2017.

Cutileiro, José (2016). Bloco- Notas. A peste homofóbica. Disponível em: retrovisor.blogs.sapo.pt/tag/mapa, acesso em 12 de Janeiro de 2017.

Decreto n.º 22/97 acordo, por troca de notas, entre a Republica Portuguesa e a Republica do Chile para que os familiares dependentes dos funcionários diplomáticos, consulares, administrativos e técnicos das missões diplomáticas e consulares portuguesas e chilenas possam desenvolver trabalhos remunerados no regime de reciprocidade, concluído em 21 de Junho de 1995 em Lisboa. Disponível em: <http://www.gddc.pt/siii/docs/dec22-1997.pdf>, acesso em 16 de Maio de 2016.

Denza, Eileen. Diplomatic Law. Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations: Second Edition Clarendon Press- Oxford, 1998.

Dinh, Nguyen Quoc, Daillier, Patrick, Pellet, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução: Vítor Marques Coelho, 2 ed, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

Dinh, Nguyen Ouoc, Daillier, Patrick, Pellet, Alain. *Direito Internacional Público*. Tradução: Vítor Marques Coelho, 2ª ed., Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

Diniz, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: direito de família 19.ed.rev.aum.e atual.de acordo com o novo código civil. São Paulo: Saraiva, 2004.

Diplomatic intercourse and immunities. Extract from the Yearbook of the International Law Commission: 1956, vol. II, p. 162. Documents of the eighth Session including the report of the Commission to the General Assembly United Nations New York, 1957.

Funcionário da embaixada da Nigéria é acusado de estupro. Disponível em: www.Veja.abril.com.br/brasil/funcionario-da-embaixada-da-nigeria-e-acusado-de-estupro, acesso em 16 de Maio de 2016

Gil, Ana Rita (----) Do reconhecimento de efeitos jurídicos a casamentos poligâmicos. Trabalho corresponde ao relatório apresentado no seminário de teoria do direito, da 2ª fase letiva do 7º Programa de Doutoramento da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa sob a regência do Professor José de Sousa Brito, págs. Disponível em <http://www.fd.unl.pt/Anexos/2502.pdf>, acesso em 28 de Maio de 2016

Gomes, Alcides. Contributo para a reforma do Código Civil: Direito Internacional Privado, Direito da Família e Direito Sucessório: Estudos comemorativos dos vinte anos da Faculdade de direito de Bissau Volume1, 1990-2010.

Loureiro, Artur César Cavalcante. Imunidade diplomáticas. Revista Jus Navigande, Teresina, 2004. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12532>, acesso em 30 de Setembro de 2016.

Martins, Margarida Salema D'Oliveira. Direito diplomático e consular: Universidade Lusíada Editora, Lisboa, 2011.

Martins, Margarida Salema D'Oliveira. Direito diplomático e consular: Universidade Lusíada, ed, Lisboa, 2011.

Martins, Margarida Salema D'Oliveira. Direito diplomático e consular: Universidade Lusíada, ed, Lisboa, 2011.

Martins, Margarida Salema D'Oliveira. Direito diplomático e consular: Universidade Lusíada, ed. Lisboa, 2011.

Membe, Bernard (2011). Ministro dos Negócios Estrangeiro. Tanzânia: Pobre e Orgulhosa, publicado em 11 de Maio de 2011. Disponível em: <http://www.identidadeg.com.br/2011/11/mundo-tanzania-pobre-e-orgulhosa.html#ixzz4>, acesso em 12 de Maio de 2016.

Medina, Maria do Carmo. Direito da Família, Coleção Faculdade de Direito UAN Luanda, 2001.

Mongiardim, Maria Regina. Diplomacia (Coimbra): Almedina, 2007.

Mongiardim, Maria Regina. Diplomacia (Coimbra): Almedina, 2007.

O caso do diplomata na Santa Sé. Publicado em Maio de 2015 (disponível em: <http://revistaladoa.com.br/2015/05/noticias/papa-francisco-rejeita-diplomata-homossexual-frances-mais-uma-vez-para-embaixada-no#ixzz41ZL0MBL2>, acesso em 12 de Maio de 2016.

Palacios, Manuel Sanchez; Calderon, Manuel Garcia; Arias, Luis A. Bramont. Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Primer, Segundo y Tercer Cuatrimestre Lima MCMLVII, 1957.

..... Revista de Derecho y Ciencias Politicas, op.cit., 1957.

Pancrácio, Jean-Paul. Droit et institutions diplomatiques. Pedone, 2007.

Patriota, António; Rosário, Maria em palestra proferida em (2013). Promovendo a igualdade, promovendo direitos - Diplomacia Pública. Disponível em: www.Sistemadireitos.lgbt, acesso em 16 de Maio de 2016.

Pensões - associação das famílias dos diplomatas portugueses. Disponível em www.acdp.pensões, *acesso em 15/04/2015*.

Pinheiro, Gislene (2006). Imunidade de Jurisdição Penal dos agentes Diplomáticos. Brasília. Dissertação de Mestrado. Disponível em: [«https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/363»](https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/363), acesso em 10 de Novembro de 2016.

Pinheiro, Gislene. (2006). Imunidade de Jurisdição Penal dos agentes Diplomáticos. Brasília. Dissertação de Mestrado. Disponível em: [«https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/363»](https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/363), acesso em 10 de Novembro de 2016.

Pinheiro, Gislene. (2006). Imunidade de Jurisdição Penal dos agentes Diplomáticos. Brasília. Dissertação de Mestrado. Disponível em: [«https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/363»](https://bdtd.ucb.br:8443/jspui/handle/123456789/363), acesso em 10 de Novembro de 2016.

Przetacznik, Franciszek. L'immunité de juridiction des personnes étrangères dans le code polonais de procédure civil revue critique de droit international privé, Paris, 1969.

Quel Lopez, F. Javier. Los privilegios e inmunidad de los agentes diplomaticos en el derecho internacional y en la practica española; prólogo de José António Pastor Ridruejo. 1ed. Madrid: Civitas, 1993.

Quel Lopez, F. Javier. Los privilegios e inmunidad de los agentes diplomaticos en el derecho internacional y en la practica española; prólogo de José António Pastor Ridruejo. 1ed. Madrid: Civitas, 1993.

Rezek, José Francisco. Direito Internacional público-curso elementar, 9 ed, revista, São Paulo, 2002.

Rezek, José Francisco. Direito Internacional. 6ª ed. Ver, atual- São Paulo: Saraiva, 1996.

Rezek, José Francisco. Direito Internacional público-curso elementar, 9ª ed., revista, São Paulo, 2002.

Reuter, Paul. Direito Internacional Público. Editorial Presença, 1982.

Romano, Rogério Tadeu (2015). Imunidade Diplomáticas. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/38975/imunidades-diplomaticas> publicado em 5/2015 acesso em 27 de Maio de 2016.

Salmon, Jean. Manuel de Droit Diplomatique, Bruxelles 1994.

Salmon, Jean. Manuel de droit diplomatique. Bruxelles, 1994.

Santos, Waltecy Alves dos. James Brewster diretor nacional LGBT do Comitê Nacional Democrata sofre resistências da Igreja Católica local. **Disponível em: [www. EUA](http://www.EUA)** indicam militante gay para embaixador na República Dominicana, acesso em 15 de Janeiro de 2017.

Satow's Guide to diplomatic practice, edited by Lord Gore-Booth; assistant editor Desmond Pakenham – 5th ed. London, 1979.

Sicari, Vincenzo Rocco. O Direito das Relações Diplomáticas. Belo Horizonte: Editora Del Rey. Retirado no blog Yearbook of the international law commission .draft- Articles on diplomatic intercourse and immunities with commentaries, 2007.

Silva, Geraldo Eulálio do Nascimento. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Brasília: Ministério das Relações Exteriores – Seção de publicações, 1967.

Silva, Geraldo Eulálio do Nascimento. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Brasília: Ministério das Relações Exteriores – Seção de publicações, 1967.

Silva, Geraldo Eulálio do Nascimento. Convenção de Viena sobre Relações Diplomáticas. Brasília: Ministério das Relações Exteriores – Seção de publicações, 1967.

Soares, Albino de Azevedo. Lições de Direito Internacional Público. 3 ed Atualizada: Coimbra Editora, Limitada, 1986.

Tobace, Ewerthon. Japão concede visto diplomático a gay brasileiro casado com cônsul dos EUA. Disponível em: www.bbc.com/portuguese/noticias/2012/02/120216_japao_gay_et_pu.shtml, acesso em **15 de Agosto de 2016.**

Ulloa, Alberto. Revisión y limitación de los privilegios e inmunidades diplomaticos revista de derecho y ciencias politicas, Lima, 1952.

Valle, Jaime. Direito Diplomático e Consular I. A.A.F.D.L, Editora: Lisboa/2017.

Valle, Jaime. Direito Diplomático e Consular 1. A.A.F.D.L Editora: Lisboa /2017.

Valle, Jaime. Direito Diplomático e Consular I. A.A.F.D.L, Editora: Lisboa /2017.

Varella, Marcelo Dias. Direito Internacional Publico, 2 ed, São Paulo: Saraiva, 2010.

Venosa, Sílvio de Salvo. Direito Civil. Direito de Família. 9ª Edição. Editora Atlas, 2009.

Wilson, Clifton E. Diplomatic Privileges and Immunities: The Retinue and Families of the Diplomatic Staff, in the International and comparative Law Quarterly, Vol, XIV, 1965.

Yanaguiy, Viviane Brito. União Homossexual – Necessidade de Reconhecimento legal das Relações afetivas entre pessoas do mesmo sexo no Brasil. Especialização apresentada pela Universidade do Legislativo Brasileiro, 2005.